جامعة عين شمس
Ain Shams University
كلية الحقوق

الإطار القانوني لعقود إعداد البرامج الإلكترونية

دراسة في أحكام القانون المدني والقوانين النموذجية

رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق

مقدمة من الباحث
محمد موسى خلف

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة :

الأستاذ الدكتور / أحمد السعيد شرف الدين
أستاذ القانون المدني - كلية الحقوق - جامعة عين شمس
"رئيسًا ومشرفًا"

الأستاذ الدكتور/ محمد المرسي زهرة
أستاذ ورئيس قسم القانون المدني - كلية الحقوق - جامعة عين شمس
"عضوًا"

الأستاذ الدكتور/ أحمد السعيد الزقرد
أستاذ ورئيس قسم القانون المدني - كلية الحقوق - جامعة المنصورة
"عضوًا"

٢٠٠٩

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿قَالُواْ سُبْحَانَكَ لاَ عِلْمَ لَنَا إِلاَّ مَا

عَلَّمْتَنَا إِنَّكَ أَنتَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ﴾

سورة البقرة ، آية ٣١



إلى من بدعائهما المتواصل أضاءا لي دروب العلم والمعرفة ..

أبي وأمي أطال الله في عمرهما

إلى من تحملت معي عبء هذا البحث من جهد وعناء ..

زوجتي ورفيقة عمري

إلى ولدي الصغير موسى علّه يكبر محبا للعلم والعلماء ..

إلى أخي وأختي العزيزين ..

وإلى كل من أسدى إلي يدا في هذا المشوار ..

أهدي هذا الجهد

الباحث

شكر وتقدير

قال عليه الصلاة والسلام: (من أوتي معروفا فليذكره، فمن ذكره فقد شكره، ومن كتمه فقد كفره).

وبعد أن أحمد الله وأشكر فضله العظيم على عونه لي في إتمام هذا البحث ، بهذا الشكل المتواضع ، فإن واجب الوفاء يحتم عليّ أن أتقدم بأسمى آيات الشكر والتقدير لأستاذي الفاضل **الأستاذ الدكتور/ أحمد السعيد شرف الدين** ، الذي تفضل وقبل الإشراف على هذه الرسالة ، فكان لي نعم المعلم والموجه والناصح والمرشد ، ولما بذله من جهد مخلص وصبر جميل رغم مشاغله الجمة ، فقد أتاح لي أن انهل من بحر علمه الكثير ، كما شملني بكرمه فأمدني ببحوثه المتخصصة وأعطاني من مكتبته الخاصة الكثير من كتبه وأوراقه البحثية ، مما كان له اكبر الأثر في نفسي للمضي قدما في طرق أبواب هذا الموضوع حتى خرج إلى النور.

كما أتوجه بجزيل الشكر والعرفان إلى **الأستاذ الدكتور / أحمد السعيد الزقرد** ، أستاذ ورئيس قسم القانون المدني في جامعة المنصورة لما كان لملاحظاته القيمة من فضل في تقويم هذه الأطروحة ولتفضله بالموافقة على أن يكون عضوا في لجنة الحكم فجزاه الله عني كل خير.

كما وأتوجه بجزيل الشكر وعظيم الامتنان إلى **الأستاذ الدكتور/ محمد المرسي زهرة** على ملاحظاته القيمة وعلى تحمله عناء الموافقة على عضوية لجنة الحكم رغم مشاغله الجمة ومسئولياته الكبيرة فأسمى آيات الشكر أقدمها لسيادته.

كما ولا يفوتني أن أتوجه ببالغ معاني الشكر والتقدير إلى **الأستاذ الدكتور محمد الشلالدة** ، عميد كلية الحقوق في جامعة القدس / فلسطين وإلى **الأستاذ الدكتور سري نسيبة** ، رئيس الجامعة لمساهمتهما الجمة والقيمة في تشجيعنا على مواصلة البحث العلمي وتسهيل العقبات والعثرات التي صادفتنا .

وأخيرًا أتوجه بخالص تحياتي وعرفاني إلى كل من أسدى إلي يدا حتى أنهيت هذا البحث فخرج في هذه الصورة التي هي عليها الآن.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

الباحث

مقدمة

إذا كانت القاعدة القانونية إنما هي قاعدة اجتماعية تعبر عن المجتمع وتتطور بتطوره، فان ذلك يدعونا إلى التفكير بالعقد الحاصل في مجال المعلوماتية. إذ لا يخفى أن ظهور الحاسوب وما لحقه من تطورات أحدث تغيرا جوهريا في نقل المعلومات يكاد يرقى إلى الثورة، ونعتقد جازمين إن ثورة المعلومات إنما سميت كذلك لان الحاسوب اختصر الزمن في نقل المعلومات من حيث النوع والسرعة والكمية.

فاتاح للإنسان الحصول على ما يريد من المعلومات بسرعة زمنية لم يسبقه إليها أحد، لا بل يمكنه الآن أن يحصل على الصوت والصورة والنص ، وبقد غير متناه من المعلومات في كل فروع ونواحي العلوم والآداب.[1]

وقد عرفت أولى محاولات تسجيل المعلومات في التاريخ على أيدي قدماء المصريين الذين سجلوا حضارتهم على جدران المقابر والمعابد وعلى أوراق البردى، وهذا هو السبب في خلود حضارتهم وبقاؤها، حيث يقال ان حضارات عظيمة قد اندثرت ولم يذكرها التاريخ بشيء لعدم تسجيلها[2]. أضف الى ذلك ان المؤرخين والفلاسفة قد أطلقوا على حقب مختلفة من التاريخ مسميات معينة

---

(١) د/ حسن عبد الباسط جميعي ، عقود إعداد برامج الحسب الآلي _دار النهضة العربية – القاهرة ١٩٩٨ص٤

(٢) حسين بركات ويحيى إبراهيم –الفيروس جرثومة الكمبيوتر _مؤسسة جمال الجاسم للالكترونيات ١٩٩٠ ص ١٠

مـــثل العـــصور الوسطى او عصر النهضة .....الخ وهاهم اليوم يطلقـــون علـــى هذا العصر عصر المعلومات وذلك قبل ان تكتمل ولادته[1] ، وذلك لان العالم اليوم يجتاز عصرا جديدا يشهد استخداما موســـعا للحاســـبات بما لها من قدرات هائلة على الحفظ والتخزين والاستظهار والاسترجاع للبيانات والمعلومات .

والقانـــون لم يكن بعيدا عن هذه الثورة فقد استفاد منها أعظم فائـــدة ،إن كـــان في نقل المعلومات القانونية الى المهتمين به ، مثل الفقهـــاء والباحثين والعاملين عليه من قضاة وإداريين ومحامين ، او في استخدام هذه الوسائط لتسجيل معاملات الناس وتجارتهم وبيعهم وشرائهم ، بالإضافة الى محاولة حمايتهم قدر المستطاع .

إذ لا يخفى أن أي تاجر أو شخص آخر يستطيع إن يبرم عقد عـــن طريق نظام المعلومات ويتبادل المعلومات مع غيره ، ويمكن ان يطلـــب عـــن طريق هذا النظام أموالا وخدمات أوان يقوم بدفع اوسحب أية مبالغ نقدية . [2]

هذه الأمور سالفة الذكر جعلت نظام المعلوماتية محل اهتمام الباحثـــين القانونيين والمشرعين والقضاة لان استخدامه بهذا الشكل الواســـع يـــؤدي حـــتما إلى ظهور نزاعات قانونية تستحق العلاج

---

(١) د- محمـــد الرميحي -انتبهوا أيها السادة لم يعد في المعمورة مكان يغمره الظلام- مجلة العربي ،حيث الشهر العدد رقم ٤٦٠ تصدر عن وزارة الأعلام الكويتية ص٢ وما بعدها .

(٢) القاضي حازم الصمادي /المسؤولية في العمليات المصرفية _ رسالة ماجستير مقدمة الى معهد الدراسات والبحوث العربية / القاهرة / ٢٠٠٢ ص٦

والاهـــتمام فكانـــت محل اهتمامهم فسعوا الى محاولة تحديد حماية قانونـــية لهذا النظام وللأفراد الذين يتعاملون به ، وكذلك إلى اؤلئك الـــذين يمـــس الـــنظام حقـــوقهم الشخصية ، وكذلك دراسة حماية المبدعين الذين يقومون بإعداد النظام وتطويره[١] .

ولاشـــك أن أهميـــته تبـــرز كثيرا الآن في مجال التعامل فيما بين الشركات، فاغلب الشركات ورجال الأعمال يلجئون ألان إلى إدارة شـــؤون أعمالهم ومصارفهم ومتاجرهم عن طريق نظام المعلومات الذي يسهل عليهم الإدارة وينظمها بشكل اقل ما يقال عنه انه يقلص نفقات العمل .

توضيح /

يـــتألف نظام المعلوماتية من عدة عناصر أبرزها جهاز الحاسوب والبـــرنامج[٢]، أما الحاسوب فلا داعي لتعريفه لان أمره أصبح من البديهـــيات، وأمـــا البـــرنامج فهو عبارة عن (مجموعة من الأوامر والإرشـــادات المكـــتوبة بإحدى اللغات التي تحدد للحاسب العمليات التي يقوم بتنفيذها عبر تسلسل منطقي معين وخطوات متتابعة، وعند تـــصميم البـــرنامج يوضع له كود او شفرة للأوامر وذلك عبر لغة مبـــرمجة بطريقة يستطيع فهمها) والغة هي التي تحدد شكل الأوامر

---

(١)د- شـــحاتة غـــريب شلقامي -برامج الحاسب الآلي والقانون – دار النهضة العربية القاهرة ٢٠٠٣-الفصل الأول ص ٦

(٢) أول ظهور للحاسب كان في الولايات المتحدة الأمريكية عام ١٩٤٤ وكان يطلق عليه ENIACوهـــو مختـــصر العـــبارة التالـــية electron numerical inmercal integrator computer يمكـــن مـــراجعة محمد حسام الدين لطفي -عقود خدمات المعلومات – دراسة في القانون المصري والفرنسي -القاهرة ١٩٩٤ ص٤ وما بعدها

والقـــواعد المـــستخدمة ثم تبدأ مرحلة بناء البرنامج حيث يتم تلافي وتصحيح الأخطاء ويلي ذلك مرحلة إعداد الوثائق الخاصة بالبرنامج (document) حـــيث يتم خلالها توثيق كل شيء عن هذا البرنامج وهـــذه الخطـــوة بمنتهى الأهمية لأنها تسمح بمتابعة البرنامج وعمل التعديل والتطوير له إن احتاج لذلك[١] .

وهـــذان العنـــصران همـــا الأســـاس في تشغيل نظام المعلومات وإدارتـــه، فأي عقد يكون موضوعه نظام المعلومات يرد في الغالب علـــى الحاسوب والبرنامج ،آو على الأقل على البرنامج الذي يتغير بـــسرعة فائقـــة تـــبعا للتطور التقني للبرمجة التي تبتكرها شركات المعلوماتـــية ، هـــذا بالإضـــافة الى عدة وسائل أخرى ،مثل شبكة الانترنت[٢]

---

(١) د- عـــزة محمد خليل - مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسب - رسالة دكتوراة جامعة القاهرة ١٩٩٤ ص٥٢٥.

(٢) نـــشأت هذه الشبكة في الولايات المتحدة الأمريكية وكانت عبارة عن مشروع رعته وأنفقت عليه وكالة مشاريع البحوث المتقدمة في وزارة الدفاع الأمريكية advanced research projects agency وذلـــك فـــي ســـتينيات القرن الماضي وكان هدف الـــوزارة آن ذاك بناء شبكة متماسكة يمكن أن تصمد في ظل ظروف صعبة كحدوث كارثـــة نـــووية وذلك لنقل المعلومات الأمنية والعسكرية في ظل الكارثة وذلك عبر إعـــداد سلـــسلة من الوصلات الحاسوبية تعرف باسم Arpanet لتضمن بذلك بقاء الاتـــصال فـــيما بين الأجهزة الأمنية والعسكرية المختلفة ، وبعد ذلك في عام ١٩٦٨ أدخلـــت الـــوزارة أربع جامعات أمريكية عبر الشبكة للتبادل الأبحاث إلى أن غطت معظم الجامعات الأمريكية في عام ١٩٧٢ إلى أن تخلت= =الوزارة عن الشبكة نهائيا فـــي ثمانينيات القرن الماضي . راجع بيل بول -انطلق مع الانترنت - ترجمة مركز التعريب والترجمة -الدار الجامعية للعلوم بيروت ١٩٩٦ص ١٢ وكذلك =
Bob Northen and Cathy Smith –understanding business on the internet in week Hodder and Stoughton 1997- p-12-15

مـــثلا وجهـــاز(المـــودم) [1] ودليل النظام الذي يحتوي على شرح مفصل للتشغيل و الاستخدام .

إن هـــذه الخـــصوصية للـــنظام جعلت منه محل عناية خاصة عند رجال القانون وتحديدا عندما يكون محلا للتعاقد، حيث توجد عقود خاصة في مجال المعلوماتية إما لشراء حاسبات تخدم إغراضا معينه او لإنـــشاء نظام معلوماتية متكامل يفي بأغراض معينة ، بالإضافة إلى العمل التقليدي لأنظمة الحاسب المعينة أي بالإضافة إلى أعمال الحاســـوب العادية والتي أصبحت شيئا من العرف ألمعلوماتي لدى المستخدمين .

وكـــذلك يمكـــن التعاقد للاستفادة من بنك او بنوك المعلومات الذي تشرف عليه وتشغله شركات نظم المعلوماتية لهذه الأسباب ظهر ما يـــسمى (عقود المعلوماتية) ونعتقد انها تسمية مجازية وذلك لكون العقد لا يسمى بحسب موضوعه بل يسمى حسب تصنيفه القانوني[2] وخيـــر دليل على ذلك مثلا عقود الصيدلة، فالمختبرات تقوم بإعداد

---

(١) Modemوهي اختصار ل Modulator Demodulator وهو جهاز يستقبل حزم فـــي صورة بيانات أو معلومات رقمية Digital نتجت من جهاز حاسوب ويحولها إلـــى معلومات او بيانات تناظرية analog وهي موجات مستمرة يمكن إرسالها عبر خطـــوط الهاتـــف او اللاســـلكية ويحولها إلى معلومات وبيانات رقمية يمكن تقبلها بواســـطة حاســـب آخر ، وباستخدام هذه الأجهزة يمكن لأجهزة الحاسوب أن تحقق الاتـــصال فيما بينها ، المهندس ايمن درويش – المرجع الكامل لخدمات الانترنت – دار شعاع للنشر والعلوم –سوريا –١٩٩٧ص ٤٨

(٢) د- عباس العبودي – التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري _ رسالة دكتوراة – دار الثقافة للنشر والتوزيع –عمان ١٩٩٧ ص١٤٨.

الأدوية وتتولى الصيدلية بيعها، وموضوع العقد أدوية ولكن تخضع عقودها لتصنيفات أخرى كالبيع والمقاولة.....

هـذا ويـرى بعض الفقه أن تصنيف عقود المعلوماتية مع العقود المسماة غير دقيق وذلك لان عقود المعلوماتية لا تعبر عن خصوصية قانونية وهي حتى لا تشكل عائلة حقيقية مستقلة.

حيث أن كل ما يربط بين عناصر المعلوماتية هو علاقة موضوعية متعلقة بنظام اصطلح على تسميته نظام المعلوماتية[1]

فكان الحل في رأي اغلب الفقهاء أن عقود المعلوماتية تتغذى من مضامين معظم القواعد العامة التي تحكم العقود حيث لا يمكن القول أن هناك قواعد خاصة تحكمها لغاية الآن ، او على الأقل في وقتنا الحاضر ، بل تجدها تعتمد على العقود المسماة من بيع ومقاولة وإجارة[2] إضافة إلى خضوعها للقاعدة العامة في العقود وهي ان العقد شريعة المتعاقدين ، واحترام المدة في التنفيذ والتقيد بالالتزامات الناشئة عن هذه العقود.

ومن جهة أخرى نلمس بعض الخصوصية في هذا المجال أي في مجال عقود إعداد البرامج تميزها عن العقود الأخرى وتطرح بعض الإشكاليات القانونية وتتمثل بما يلي:-

---

(١) د/ نوري خاطر -حماية المصنفات والمعلومات ذات العلاقة بالحاسوب – دراسة مقارنة في القوانين العربية والقانون الفرنسي – مجلة المنارة المجلد الخامس سنة ٢٠٠٢ الفصل الأول ص ٣١ .

(٢) د/ محمد حسام لطفي – عقود خدمات المعلومات – دار النهضة العربية القاهرة – ١٩٩٤ ص ١٦٣ وما بعدها.

أولا : هذه العقود تتم بالغالب عبر شبكات الانترنت[١]

وهـذا أمر تقتضيه الحاجة العملية فاغلب العروض الجديدة والتقنـيات المبتكـرة يكون مشار إليها عبر الشبكة ، وذي الحاجة سيـسعى إلـيها أيـضا مـن خـلال الشبكة ،ولا بد من مراسلات ومواصـفات واخـذ ورد فـي سبيل التعاقد النهائي ، حيث يسعى احـدهما للآخر لتحرير العقد واستكمال إجراءاته واتخاذ ما يتراءى لهمـا مـن وسائل الثقة والحماية، وتقديرا للوقت وقيمته وخصوصا مابـين الـتجار (أو رجـال الأعمـال) فقـد يـتم ذلك كله عبر الانترنت. [٢]

ثانيا : إشـكالية مكـان وزمـان الانعقاد في القواعد العامة وفي القوانـين المختلفة : ليس من عقد ثارت حوله اختلافات واجتهادات كمـا حدث بخصوص هذا العقد فيما يتعلق بمكان وزمان انعقاده ، فاخـتلف مـثلا القانون المصري عن القانون الفرنسي عن القانون الأردني عن التوجيه الأوروبي في هذا الشأن[٣] ويتركز هذا الخلاف بالذات إذا كان التعاقد يتم خارج نطاق الإقليم .

---

(١) لا نرى ضرورة لتعريف الشبكة لان تعريفها أصبح تكرارا وتزيدا لا حاجة له .

(٢) Lance Rose – Net law – your right in the on line world --Osborne Mcgraw Hill -2600 tenth street –Berkeley –California 1999 p7

(٣) يمكـن مـراجعة –الـتعاقد بوسـاطة الانترنت – رسالة للباحث قدمت لنيل دراجة الماجستير في القانون الخاص في جامعة القدس/ فلسطين- ٢٠٠٤ /ص٤٠ وما بعدها / و د/ محمد حسن قاسم – التعاقد عن بعد – دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ٢٠٠٥ ص ٨٠ . و د /أسـامة أبـو الحسن مجاهد – خصوصية التعاقد عبر الانترنت – دار النهضة العربية القاهرة / ٢٠٠٥ ص ٨٠ وما بعدها .

ثالثا : إرادة الأطراف هي التي تحدد التكييف القانوني لهذه العقود.

تلعب إرادة الإطراف دورا مركزيا في تحديد التكييف القانوني لهذا العقد حيث ومن خلال دراسة إرادة العميل وإرادة المبرمج الذي سيقوم بإعداد البرنامج يمكننا معرفة ماهية وطبيعة هذا العقد ، وبكلمة أخرى نقول انه إذا انصرفت إرادة الأطراف لنقل ملكية البرنامج مثلا مقابل مردود مادي وتنازل المبرمج عن كافة حقوقه المترتبة على البرنامج فإننا نكون أمام عملية بيع[1]. أما إذا اتجهت الإرادة لنقل بعض الحقوق المترتبة على حق الملكية والتصرفات الناتجة عنها فانه يمكن لنا أن نكييف العقد بأنه عقد نشر او أن يكون تنازلا عن حق المالك أو المبرمج في الاستعمال أو الاستغلال فيجعله ذلك عقد ترخيص بالاستعمال[2]

أما إذا طلب العميل مواصفات معينة في البرنامج الذي تعاقد عليه مع المبرمج بحيث ان هذه المواصفات ليست متوفرة في البرامج المشابهة او النموذجية (النمطية) فيمكن تسمية هذا التصرف بعقد المقاولة لانه قد تم الاتفاق على إعداد برنامج مناسب لاحتياجات العميل..الخ[3]

---

(١) د/ خالد مصطفى فهمي – الحماية القانونية لبرامج الحاسب الآلي – دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ٢٠٠٥ص ٦٠ود –احمد محمد سعد– نحو إرساء نظام قانوني لعقد المشورة المعلوماتي– دار النهضة العربية القاهرة ١٩٩٥– ص ٨٥–٩٠

(٢) د/ حسن عبد الباسط جميعي – المرجع السابق ص٣٣

(٣) المادة ٦٤٦ من القانون المدني المصري (المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه احد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا لقاء اجر يتعهد به المقاول الآخر)

هـذا خلافـا للجدل والاختلاف الفقهي والقانوني حول محل العقد (البرنامج) وكونه من عقود الاختراعات او ابتكار المصنفات الأدبية وما ينتج عنها من حيثيات وحقوق والذي سنبحثه عند حديثنا عن المحل.

رابعا / عقود إعداد البرامج من العقود الشكلية :

علـى خـلاف اغلـب العقود لكونها تنعقد رضائية يكفي لانعقادها اقتـران الإيجـاب بالقبول إلا أن المشرع المصري خرج عن ذلك بنص صريح في المادة ٧٤ الفقرة الأولى من قانون التجارة الجديد حـيث نص على (يجب أن يكون عقد نقل التكنولوجيا مكتوبا و الا كـان باطلا) وبذلك أصبح لا يكفي لانعقاد هذا العقد مجرد تطابق القـبول مـع الإيجاب ويقول في ذلك المستشار الدكتور عبد الفتاح مـراد (إن العلة من اشتراط كتابة عقد نقل التكنولوجيا هو إعطاء المـتعاقدين الطابـع القانونـي لإحـداث الآثار التي اتجهت إليها ارادتـيهما، ذلـك أن الاتفـاق على نقل او بيع التكنولوجيا قد يبدو صـعبا إذا كان إطرافه غير متحدي الجنسية أو الموطن أو الإقامة ومن ثم لابد من الاتفاق كتابة. (١)

---

(١) المستشار الدكتور عبد الفتاح مراد – شرح العقود التجارية والمدنية – ط (١) ٢٠٠٠ ص ٩٦

أهمية البحث :

بالنسبة لنا في فلسطين ونحن في بصدد بناء وإنشاء دولتنا بإذن الله تعالى، فإننا بأمس الحاجة للاستفادة من خبرات وتجارب الدول الشقيقة وبالذات خبرات الشقيقة الكبرى مصر حتى نستطيع الاستفادة من المشاكل التي اعترضتهم والحلول القانونية والعملية التي عالجوها بها ، لينعكس ذلك علينا بعون الله وليساهم في قدرتنا على بناء المؤسسات في ظل عصر لا يؤمن الا بالتقنية و التكنولوجيا مما يجعلنا في أمس الحاجة لشراء برامج وأنظمة حاسوب تساهم في العمل على تحقيق تطلعاتنا وتساعدنا على البناء.

إذن فقيمة البحث هي بكونه يمكن أن يساهم في هذا المجال وان يأخذ بالحسبان حاجاتنا إلى دولة المؤسسات والقانون ، لذلك ارتأينا ان نطرق هذا الباب من البحث العلمي مستعينين بخبرات وتجارب الدول الأخرى ، حتى نمتلك القدرة القانونية والخبرة اللازمة لشراء البرامج.

وتنظيم العمل بطريقة مؤسساتية وان نتمكن من التعاقد دوليا بطرق نموذجية في كل ما نحتاج إليه ، فهو بالنسبة لنا حاجة إلى البحث أكثر من كونه بحثا لنيل درجة علمية ، وخصوصا وان أحدا في بلدي لم يطرق هذا المجال من قبل ، علما بأننا على قناعة ان هذا المجال أصبح هو المجال التقليدي في دول أخرى .

وعليه سوف يكون منهجنا في هذا البحث بعد الفصل التمهيدي الذي نعرف من خلاله برامج الحاسب من النواحي القانونية و

الفقهـية والتقنية ونتعرف على اشهر واهم التصرفات القانونية التي يمكن ان ترد على البرامج وفق الخطة التالية :-

الفـصل التمهـيدي – التعريف ببرامج الحاسب من الناحية التقنية والقانونية _

الباب الأول – انعقاد العقد – ويقسم الى :-

الفـصل الأول: التراضـي (فـي عقـود إعـداد البرامج الالكترونية)

الفصل الثاني: المحل

الفصل الثالث: دراسة لبعض العقود النموذجية (تفسير عقود الإعداد)

الباب الثاني – آثار عقود إعداد البرامج الالكترونية وانتهائها

الفصل الأول: نقل الملكية

الفصل الثاني: التزامات الأطراف

الفصل الثالث: انتهاء عقود الإعداد

فصل تمهيدي

فصل تمهيدي

التعريف ببرامج الحاسب من الناحية التقنية والقانونية
واهم صور التصرفات التي ترد عليها

تمهيد وتقسيم:ـ

لقد أضحت المعلوماتية وبرامج الحاسب الآلي تهيمن على الكثير من جوانب حياتنا المعاصرة ، بإبعادها الاقتصادية والقانونية والاجتماعية والثقافية ،وباتت تشكل ثروة تقنية وصناعية وفكرية عالمية ،مما استدعى تدخل التشريعات سواء على الصعيد الوطني أم على الصعيد الدولي لتنظيمها وحمايتها ، وخصوصا بعد ظهور أنواع جديدة من العقود مما استتبع تنوع في الآثار والمسؤوليات التي تترتب عليها .

ونظرا لجدة وحداثة موضوع التعاقد على برامج الحاسب الآلي ، وجدنا انه من الملائم أن نستهل هذه الرسالة التي موضوعها الإطار القانوني لعقود إعداد برامج الحاسب الآلي ،بفصل تمهيدي نتطرق فيه إلى مضمون برامج الحاسب الآلي ، ونتعرف على حيثياتها وطبيعتها ، والبيئة الملائمة لعملها ،خصوصا وان إنجاز العملية المعلوماتية يتم من خلال اداءات متنوعة ، وعليه فان إرادة الإطراف تتجه قوالب قانونية مختلفة في عملية إعداد واحدة ، فهناك مثلا توريد الأشياء المادية (الأجهزة) وهناك البرامج (الأموال المعنوية) هذا بالإضافة إلى ما تتضمنه هذه القوالب من خدمات

ذهنية كالدراسة والمشورة والتوصيف. (عقد المشورة الفنية) ...الخ من هذه التصرفات التي تتخذ شكل عقود مستحدثة .

ولما كان موضوع هذه الدراسة الرئيس هو الإطار القانوني لإعداد برامج الحاسب الآلي ، كان لزاما علينا انطلاقا من أسس البحث العلمي السليمة ان نعطي فكرة واضحة عن طبيعة هذه البرامج عبر تعريفها من الناحية التقنية(الفنية) ومن الناحية القانونية والفقهية ومن ثم تبيان بعض اشهر القوالب القانونية (العقود) التي من الممكن ان ترد عليها عبر هذا الفصل التمهيدي الذي قسمناه إلى المباحث التالية:-

المبحث الأول / برامج الحاسب من الناحية التقنية والقانونية

المطلب الأول / برامج الحاسب من الناحية التقنية

المطلب الثاني / برامج الحاسب من الناحية القانونية

المبحث الثاني / بعض أهم التصرفات التي ترد على برامج الحاسب

المبحث الأول

برامج الحاسب من الناحية التقنية والقانونية

المطلب الأول

برامج الحاسب من الناحية التقنية

قبل أن نتطرق لبرامج الحاسب الآلي من الناحية التقنية لابد لنا أن نتعرف على ماهية الحاسب الآلي نفسه (computer)[1].

يعرف الحاسب بأنه مجموعة متداخلة من الأجزاء لديها هدف مشترك من خلال أداء التعليمات المخزنة .[2] وقال آخرون انه مجموعة أجهزة متكاملة مع بعضها بهدف تشغيل مجموعة من البيانات المدخلة بموجب برنامج مثبت للوصول إلى النتائج المطلوبة[3].

---

(١)- اعتمدت المنظمة العالمية للمواصفات والمقاييس اصطلاح الحاسوب للدلالة على الاصطلاح الإنجليزي computer وقد تعددت الترجمات العربية له كالعقل الالكتروني ، وصدر معجم الحاسبات عن مجمع اللغة العربية في القاهرة عام ١٩٨٧ مكتفيا بكلمة حاسب أو حاسبات لجمعه .انظر في نشأة الحاسب وتطوره .د .محمد فهمي طلبة وآخرين ،الحاسبات الالكترونية ،حاضرها ومستقبلها -موسوعة دلتا كمبيوتر .مطابع المكتب المصري الحديث ١٩٩٢.ص ٣٥-٥٩ . انظر ملحق بالتعريفات التقنية التي وردت بالرسالة ص

(٢) - د، محمد احمد فكيرين - أساسيات الحاسب الآلي - دار الراتب الجامعية -بيروت ١٩٩٨ ص٨ .

(٣) - د. طاهر الشيخ -مقدمة في الحاسب الآلي - مركز الحاسب الآلي - جامعة عين شمس ، القاهرة ١٩٩١ص ١ومابعدها. ود، محمد علي العريان - جرائم المعلوماتية - دار الجامعة الجديدة .الإسكندرية ،٢٠٠٤ص ٧٧

كما عرفه البعض الآخر بأنه جهاز الكتروني يستطيع أن يقوم بأداء العمليات الحسابية والمنطقية للتعليمات المعطاة له بسرعات كبيرة تصل إلى عشرات الملايين من العمليات الحسابية في الثانية الواحدة ،وبدرجة كبيرة من الدقة وله القدرة على التعامل مع كم هائل من البيانات ، وكذلك تخزينها واسترجاعها عند الحاجة إليها.(١)

أما برامج الحاسب الآلي Software وقبل ان نتعرف عليها من الناحية التقنية أو الفنية لابد لنا من التعرف عليها لغويا ، حيث يعرف البرنامج في اللغة بأنه مصطلح يستخدم للدلالة على جميع المكونات غير المادية لنظام الحاسب ، ويشمل ذلك برامج النظام ، وهي البرامج اللازمة لتشغيل الحاسب ، وبرامج التطبيقات ، وهي برامج خاصة بمستخدم معين. (٢)

والبرنامج من الناحية التقنية هو تعليمات مكتوبة بلغة ما موجهة إلى جهاز تقني معقد يسمى الحاسب الالكتروني بغرض الوصول إلى نتيجة معينة.(٣)

ويرى آخرون أن الترجمة الدقيقة لاصطلاح Software هي اصطلاح الكيان المنطقي حيث يشمل بالإضافة إلى البرنامج ، كافة

---

(١) Bohl Marlin –information processing .third ed .Chicago Science – Research Associates 1991 p40 .

وفي نفس المعنى .د،محمد حسام لطفي . الحماية القانونية لبرامج الحاسب الآلي . دار الثقافة للطباعة والنشر، القاهرة ١٩٨٧ ص٦ .

(٢) – معجم الحاسبات – مجمع اللغة العربية، القاهرة ١٩٨٧ – مرجع سابق حرف S.

(٣) Bohle Marlin P.R . p 25

الوثائـــق اللازمـــة والمـــصاحبة لهذا البرنامج ،كذلك سائر البرامج الأخـــرى المعاونـــة ، وكافة العناصر غير المادية اللازمة لتشغيل الحاسب و الاستفادة من قدراته . (١)

وتعـــرف البرامج من الناحية التقنية وبحسب مصطلح Software أيـــضا بأنهـــا الأوامـــر المرتبة منطقيا والموجهة إلى الحاسب بعد تـــرجمتها إلـــى اللغة الوحيدة التي يفهمها الحاسب وهي لغة الأرقام الثنائية binary code (٢). والتي تقسم إلى قسمين :ـ

أولا / بـــرامج التطبيقات Application program software(٣) / وهـــي بـــرامج تـــصمم لتنفيذ وظائف محددة ،اذ تقوم بعمل معين لتحقـــيق نتيجة معينة يتم بها تحقيق الغاية التي يسعى إليها المستخدم ،مـــستعينة بإمكانيات الحاسب لإظهار تلك النتائج، وتسمح للمستخدم بالتدخل لتحديد مطلبه ، فهذه البرامج متنوعة بحسب الغاية التي من اجلهـــا تم إعدادها . وبرامج التطبيق هذه منها ما يعالج الصور أو النـــصوص ومنها ما يعالج المحاسبة Accounting ....الخ وهي تقـــسم مـــن الناحية العملية إلى قسمين ، فنجد القسم الأول نمطي تم

---

(١) – د. خالد حمدي عبد الرحمن ،الحماية القانونية للكيانات المنطقية – رسالة دكتوراة– عـــين شـــمس ،١٩٩٢ ص١٥٥ ٠و.د محمد فهمي طلبة وآخرون . مرجع سابق ملحق المصطلحات حرف . S .

(٢) د.هانـــي كمال مهدي وآخرون. المرجع الشامل لنظام التشغيل Dos موسوعة دلتا كمبيوتر ٣ مرجع سابق ص١٨٨

(٣) . Mark Lemey & Peter Menell, Software & Internet Law ,3erd edition ,Aspen Publishing 2006 .p 12

إعـــداده للكافـــة دون تحديـــد ويستطيع ايا كان الاستفادة منه عبر شـــراءه أو اخذ ترخيص باستعماله مثل القواميس وبرامج الترجمة Access. Ward .power point ...الـــخ . والقسم الآخر برامج تـــم إعدادها بناء على طلب مستخدم معين ،بحيث لا يمكن الاستفادة مـــنها مـــن قـــبل الغير،وتكون كلفتها طبعا اكبر بكثير من البرامج النمطـــية المـــناحة للكافـــة . وذلك لأنها تم إعدادها بناء على طلب ورغبة المستخدم ،وفي ضوء احتياجاته الخاصة ووفقا للهدف المراد تحقـــيقه مـــن خـــلال هـــذه البرامج ، والتي يتم إعدادها بناء على الأساسيات المتوفرة في البرامج النمطية ولكنها تكون تحتوي على بعـــض الخـــصوصية بحـــيث لا يمكـــن الاستفادة منها إلا من قبل المستخدم نفسه [١].

ثانيا / برامج النظام – System program software

وتـــسمى أيـــضا برامج التشغيل بحيث تعتبر من الضروريات في جهاز الكمبيوتر ،لأنها الأساس التي يتم تشغيل الجهاز بها ،بالإضافة إلـــى كـــونها أداة ربط بين الجهاز وبين البرامج التطبيقية من حيث قـــيامها بتـــشغيل هـــذه البرامج ،وهي التي تعمل على تشغيل جهاز الحاســـب نفسه أيضا.[٢] فهذه البرامج في نظر الكثير هي جزء من الجهـــاز يـــتوجب حفظها في الذاكرة الدائمة Mother board أو

---

(١)– د. عـــلاء الـــدين فهمـــي وآخـــرون – عالم الجداول الالكترونية –موسوعة دلتا كمبيوتر ٤ مطابع المكتب المصري الحديث ١٩٩٢ ص٢٦ .

(٢)– د، عـــبد الفـــتاح صديق عبد اللاه وآخرون – مبادىء الحاسب الآلي –القاهرة – ١٩٩٨ دون ناشر ص٢٤–٢٥

القـيام بحفظهـا علـى الجزء الأساسي للجهاز Hard Disk لكي يتمكن الجهاز من العمل .(١)

وهـي بـرامج أكثر عمومية من برامج التطبيقات ، وتكون عادة مستقلة عن أي تطبيق محدد، فهي تخدم التطبيق عن طريق استغلال اكبـر قـدر ممكن من مكونات وأجهزة الحاسب ، وللتوضيح أكثر نقـول ان هـذه البرامج تعمل على التحكم والسيطرة على مكونات الحاسب وذلك بالربط بين وحدة التشغيل المركزية التي تعتبر بمثابة عقـل الحاسب وبين باقي مكوناته ، وتقوم بأداء العمليات الأساسية التـي تساعد المستخدم على التعامل مع مكونات الحاسب مثل نسخ الملفـات ومـسحها ونسخ الأقراص ....وتتعامل مع أي تطبيق مثل البـرامج أو الأجهـزة التـي يـتوجب ربطهـا بجهـاز الحاسب (طابعـة،فـاكس ، انترنت) وكذلك يمكن من خلالها ربط الجهاز نفسه بحاسب آخر ..الخ (٢) .

حتـى أن البعض قال وبحق ان جهاز الحاسب بدون برامج التشغيل ما هو الا حيز معدني فقط (٣).

---

(١) - موسوعة دلتا كمبيوتر ٣ - مرجع سابق ص ٩-١٥ . و
Mark Lemey & Peter Menell. P.R.p 9.

(٢)- د، محمد احمد فكيرين . مرجع سابق ،ص ١٤٧ .

(٣) - د، خالـد حمدي عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص ١٠٤ . ود، حسن جميعي ، مرجع سابق ص ١٤

ومحمـد سـامي عبد الصادق - حقوق مؤلفي المصنفات المشتركة - رسالة دكتوراة- جامعة القاهرة ٢٠٠٠ص٤١٤

المطلب الثاني

برامج الحاسب من الناحية القانونية

عــرف القــرار الوزاري المصري رقم ٨٢ لسنة ١٩٩٣ برامج الحاسب الآلي بأنها (مجموعة تعليمات يعبر عنها بأي لغة أو رمز مــتخذ أي شكل من الأشكال يمكن استخدامها بطريق مباشر أو غير مباشر في الحاسب لأداء وظيفة أو الوصول إلى نتيجة ،سواء كانت هــذه التعليمات في شكلها الأصلي أو في أي شيء آخر تتحول إليه بواسطة الحاسب) .(١)

وعرفها القرار الوزاري الفرنسي الصادر في ١٩٨١/١٢/٢٢ بأنها مجمــوعة مــن الخطوات والإجراءات التي تهدف إلى تشغيل نظام مــتكامل لأنظمة معالجة المعلومات وتوظيفها وفقا للغرض الذي تم من اجله وضع نظام هذا البرنامج .(٢)

وقــد عــرفت المنظمة العالمية للملكية الفكرية برامج الحسب الآلي بقــولها (هي مجموعة معارف أو معلومات يعبر عنها بشكل شفوي أو مكتوب أو بيانها أو غيره ،ويمكن أن يتم نقلها أو تحويل صورها بفك رموزها بواسطة آلة يمكن أن تنجز مهمة أو تحقق نتيجة محددة

---

(١) – قــرار وزيــر الــثقافة المــصري منــشور في الوقائع المصرية عدد ١٠٤ في ١٩٩٣/٥/٩ .

(٢) – أشــار إلى هذا التعريف الدكتور –خالد مصطفى فهمي ، الحماية القانونية لبرامج الحاسب الآلي . دار الجامعة الجديدة للنشر،الإسكندرية ٢٠٠٥.ص١٣.

بواسطة جهاز الكتروني أو ما يماثله ويمكنه القيام بتحقيق عمليات معقدة تهدف لتحقيق غايات عملية) .(١)

وعلى الرغم من أن قانون الملكية الفكرية المصري المسمى القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ الخاص بحماية حقوق الملكية الفكرية،(٢) لم يتطرق إلى تعريف برنامج الحاسب الآلي إلا انه وتأثرا بالمادة رقم ١٠ من اتفاقية تربس قد أسبغ الحماية على برامج الحاسب الآلي باعتبارها مصنفات أدبية تخضع للحماية بموجب قوانين حق المؤلف ،(٣) فقد نصت المادة ١٤٠ منه على انه (تتمتع بحماية هذا القانون حقوق المؤلفين على مصنفاتهم الأدبية والفنية وبوجه خاص المصنفات التالية ....٢- برامج الحاسب الآلي) .

وعلى حذوه سار المشرع الأردني بان لم يضع تعريف لبرنامج الحاسب الآلي في قانون حق المؤلف ولكنه قام بالعام ١٩٩٨ بإضافة البند الثامن إلى المادة الثالثة لكي يتلاءم نصها مع اتفاقية تربس التي أوجبت حماية البرنامج باعتباره عملا أدبيا خاضع للحماية بموجب قانون حق المؤلف.(٤)

---

(١)- أشار إلى هذا التعريف .د، إبراهيم احمد إبراهيم – مجموعة أبحاث الجات – الحماية الدولية لبرامج الكمبيوتر وحق المؤلف- القاهرة ١٩٩٤ ص٤٢.

(٢) – منشور بالجريدة الرسمية عدد ٢٢ مكرر في ٢٠٠٢/٦/٢ .

(٣) – المادة ١٠ من اتفاقية تربس (١- تتمتع برامج الحاسب الآلي سواء كانت بلغة المصدر أو بلغة الآلة بالحماية باعتبارها عملا أدبيا بموجب معاهدة برن لعام ١٩٧١ ...) د، عبد الفتاح مراد – شرح النصوص العربية لاتفاقيات الجات – منظمة التجارة العالمية – القاهرة ١٩٩٧-ص ٣٨٨.

(٤) المادة ٣ من القانون تم إضافة بند جديد لها يحمل الرقم ٨- (برامج الحاسب سواء كانت بلغة المصدر ام بلغة الآلة) طبعا خاضعة للحماية بموجب قانون حق المؤلف

وعلـــى الـــرغم من ان المشرعين المصري والأردني لم يعرفا برامج الحاســـب الآلي إلا ان هناك من التشريعات الوطنية الأخرى قد قامت بتعـــريفها ،مـــثل المـــشرع الأمريكي بقانون حق المؤلف الصادر في ١٩٧٦ والمعدل بقانون ١٩٨٠ فقد قام بتعريف برنامج الحاسب الآلي بأنـــه (مجمـــوعة عملـــيات متتابعة يتم القيام بها بغرض الاستخدام المباشر وغير المباشر من جهاز الحاسب الآلي بغرض الوصول إلى نتائج معينة)([1])

وقـــد عرفه المشرع الياباني بقانون حق المؤلف رقم ٤٨ لعام ١٩٨٥ بأنـــه (التعبيـــر عن مجموعة من المعطيات الموجهة لجهاز الحاسب الآلي من اجل تشغيله والحصول على نتائج معينة).([2])

وإذا كانـــت التشريعات بعضها عرف البرنامج والبعض الآخر أحجم عـــن تعريفه تاركا ذلك للفقه ، فلم يتوان هذا الأخير في هذه المهمة ، ووضـــع مـــن التصورات والتعاريف ما يعبر عن هذه البرامج ، فقد عـــرفها بعض الفقه بأنها مجموعة من التعليمات الموجهة من الإنسان إلى الآلة والتي تسمح لها بتنفيذ مهمة معينة .([3])

=الأردنـــي رقـــم ١٢ لسنة ١٩٩٢ – منشور بالجريدة الرسمية عدد ٣٨٢١ – ١٦- ٥- ١٩٩٢ .

(1) Harvard Law .review .copy right protection of computer program .object code.Vol 96 .June 1983 p1723.

(٢) – أورده .د، خالد مصطفى فهمي ، مرجع سابق ، ص١٤ .

(٣) – د. محمـــد حـــسام لطفي – مرجع سابق –ص ١٦.د، أسامة محمد محيي الدين – مـــدخل الحاسب الآلي ونظم المعلومات – ج١ – مقدمة برامج الحاسب الآلي – ط١ .دار القلم دبي ١٩٩٠ ص٢٧١ .

وقـــال البعض الآخر ان برنامج الحاسب الآلي يعني كافة العناصر غير المادية اللازمة للتعامل مع الجهاز ومجموعة البرامج والقواعد والمـــناهج وكافـــة الوثائـــق المتعلقة بتشغيله ليتعامل مع المعطيات الموجـــودة بهدف المعالجة الآلية للبيانات والمعلومات ، وهذا يعني ان البـــرنامج هـــو الكـــيان المنطقي بالإضافة إلى الوثائق المرفقة معه .(١)

وغيـــر ذلك الكثير من التعاريف إلا أنها جميعا وحسب قراءتنا لها تشمل البرامج والأنظمة التي يتم معالجتها من خلال جهاز الكمبيوتر ، وهذه البرامج والأنظمة تتجسد في أفكار مبتكرة تأخذ شكل بيانات ومعطـــيات (تعليمات) موجهة لجهاز الكمبيوتر (الحاسب) في شكل يـــؤدي إلـــى نـــتائج محددة تساعد المستخدم على تطبيق البرنامج والوصول إلى غاية محددة .

وقـــد اجمـــع الفقه على تسميتها برامج الحاسب الآلي Software وهـــي فـــي الحقيقة تطبيقات لذكاء اصطناعي نتج عن إبداع بشري أســـس هـــذه البرامج وأخرجها إلى الكيان المادي عبر صناعة آلة تـــستطيع قراءة طلبات هذا المبدع من هذه الآلة والموجهة عبر هذه الكيانات المنطقية والتي تسمى برامج الحاسب الآلي ، وان قلنا أكثر فهـــي فـــي رأينا لغة للتخاطب مع هذه الآلة ، واستغلال ذكائها إلى ابعـــد الحدود عبر تطوير برامج تستطيع القيام بمهام وعمليات يمكن

---

(١) – د، شـــحاتة غـــريب شـــلقامي – الحـــق الأدبـــي لمؤلف برامج الحاسب الآلي – دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٤ ص ١٨. و.د خالد حمدي عبد الرحمن . مرجع سابق ص ١٥٥.

لهـــا أن تأخذ الكثير من الوقت والجهد البشري لو تمت بمعزل عن هذه البرامج

وقبل الانتقال إلى المبحث الثالث من هذا الفصل التمهيدي ،لا بد أن نسجل رأينا الداعم للمشرع المصري والتشريعات الأخرى التي لم تورد تعريفا محددا لبرنامج

الحاســـب الآلي ، فهي خيرا فعلت وكما هو الحال في اتفاقية تربس أيضا ، وذلك لان أي تعريف سوف يتم وضعه سيبقى دائما منقوصا ويحتاج إلى تعديل ، وذلك لكون البرامج في حالة تطور مستمر ولا تثـــبت على حال ، فكل يوم هناك جديد بحيث أن البرنامج الذي كنا نـــتحدث عنه في الثمانينات لا يمت بصلة لبرنامج اليوم ، فبقاء باب التعـــريف فيما يخص برامج الحاسب متروك للفقه أفضل من اتخاذ إجراءات تشريعية شائكة في وضعه وتعديله وإلغائه...الخ .

والآن وبعـــد أن تعـــرفنا علـــى طبيعة البرامج من الناحية التقنية والقانونـــية والفقهية في المبحثين السابقين ،سنتطرق في هذا المبحث الأخير لبعض أهم الصور القانونية التي يمكن أن يتم التعامل على بـــرامج الحاســـب مـــن خلالها – أي طرق تداول البرامج – مابين مبتكـــريها ومـــستخدميها ، انطلاقا من اشهر العقود الشائعة في هذا المجـــال ، وذلك لإعطاء صورة بسيطة عن طرق التعاقد على هذه البـــرامج قـــبل الحديث عن محور موضوع هذه الرسالة وهو عقد مقاولة الإعداد والذي هو اشهر واكبر عقود البرامج الالكترونية .

المبحث الثاني

بعض أهم صور التصرفات التي ترد على البرامج

نكتفي في هذا المبحث باستعراض أهم العقود التي من الممكن أن ترد على برامج الحاسب الآلي ، رغم أن التكييف الراجح والشائع لعقد الإعداد يعتبره عقد مقاولة .(١)

وقد أثرى الفقه بحث الطبيعة القانونية لإعداد برامج الحاسب الآلي ، قبل أن يستقر على اعتباره عقد من عقود المقاولة(٢) . لذلك لا نجد ضرورة علمية للبحث في طبيعته .

لذلك سنكتفي هنا بالحديث عن أكثر صور هذه العقود التي ترد على البرامج الالكترونية شيوعا في الأسواق، وكما أسلفنا بالرغم من ان محور حديثنا في هذه الأطروحة سيكون عن عقد الإعداد فقط والذي يأخذ شكل مقاولة الإعداد، وما تطرقنا إلى الصور الأخرى وفي عجالة هنا إلا لكونها سترد معنا أثناء بحثنا هذا وسنطبق بعض أحكامها وآثارها القانونية على عقد الإعداد نفسه، وليكون لدينا فكرة عما يجري التعامل به في عالم البرمجيات ونظم المعلومات .

---

(١) – د. جمال عبد الرحمن محمد علي – الخطأ في مجال المعلوماتية – مطبعة كلية علوم بني سويف، ط ٢ . ٢٠٠٣ ص٣٣ . و.د، عزة خليل – مرجع سابق ، ص ٤٥-٤٧

(٢) – د، أنور احمد الفزيع ، عقد المشورة في مجال الحصول على أنظمة الحاسبات الالكترونية ، مجلة الحقوق ،جامعة الكويت ، ١٩٩٤-ع ٢ ص ١٢٦ . و،د. السيد محمد السيد عمران – الطبيعة القانونية لعقود المعلومات – مؤسسة الثقافة الجامعية ، الإسكندرية ، ١٩٩٢ ص ٧٣ وما بعدها. و، د. حسن عبد الباسط جميعي –عقود برامج الحاسب الآلي –دار النهضة العربية ، القاهرة ،١٩٩٨ ص ٨٠-٩٥.

ومن اشهر هذه الصور أو العقود:_

١- تأجير برامج الحاسب الآلي _

حيث يلجا الشخص أحيانا لتأجير البرنامج عندما يجد نفسه في حاجة لاستعماله

لمدة معينة، بحيث يتم اللجوء إلى هذه الطريقة في حالة الاحتياج المؤقت ، وتوفيرا لنفقات الشراء أو الإعداد المرتفعة بالنسبة للبرامج المتميزة ، بحيث يتم التعاقد مع المبرمج أو(المالك) على تقديم برنامج صالح للاستعمال طوال مدة العقد وذلك نظير الأجر المتفق عليه . (١)

٢- الترخيص باستعمال البرامج .

وهذه الصورة من أهم صور العقود التي ترد على البرامج وبالذات البرامج النمطية ، بحيث يجري العمل على ترخيص المنتج أو المبرمج أو صاحب الحق بالاستغلال المالي للمستخدم باستعمال برنامج معين في مقابل نقدي يتمثل في مبلغ مقطوع يتم دفعه دفعة واحدة أو على دفعات دورية سنوية أو شهرية ، ويتحدد نطاق الترخيص طبقا للشروط الواردة فيه من حيث المدة وسلطات المرخص له ، بحيث يتم الإشارة فيما إذا كانت تقتصر على

---

(١) - د. السيد محمد عمران -المرجع السابق ص ٧٥. و،د. صلاح الدين جمال الدين عبد الرحمن -عقود نقل التكنولوجيا - دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي - رسالة دكتوراة-عين شمس ١٩٩٣ -ص١٠٤ . و،د، انس السيد عطية سليمان - ضمانات نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية من الوجهة القانونية - رسالة دكتوراة- عين شمس - ١٩٩٦ . ص ٢٨٧.

الاستعمال الشخصي أو عمل نسخ مثلا أو حتى الاستغلال في إطار معين ..،الخ . (١)

وبصورة أوضح نقول إن عقود الترخيص للبرامج هي تلك العقود التي تبرم بين صاحب حق الملكية على البرنامج وبين مستخدم أو مستعمل البرنامج والتي تضع حدود وضوابط وشروط استعمال هذا البرنامج من قبل المستخدم ، والترخيص باستعمال البرامج يختلف عن غيره من صور الترخيص باستعمال المصنفات الأخرى ، بحيث ان المرخص أو صاحب الحق في الترخيص باستعمال البرنامج يحتفظ لنفسه بحقوق الملكية كاملة ويضيف عليها من الشروط والضوابط ما يتلاءم ويتناسب مع البرنامج مما يراه مناسبا لتوفير حماية فعالة لبرنامجه ، وتقتضيه طبيعة البرنامج نفسها ، إذ مهما قيل في قواعد قوانين حق المؤلف كأساس لحماية البرامج فهي لا تغني عن شروط الحماية التي يضعها المرخص في عقد الترخيص لكونها تقدم آليات وإجراءات محددة تتلاءم وطبيعة البرنامج المرخص باستعماله (٢)

---

(١) – د، محمد حسين منصور– المسؤولية الالكترونية– منشاة المعارف، الإسكندرية. ٢٠٠٦، ص٣١.و،د، فاروق الحفناوي – موسوعة قانون الكمبيوتر ونظم المعلومات – دار الكتاب الحديث، القاهرة ٢٠٠٤، ج١ عقود البرمجيات– ص ٨٧ وما بعدها .

(٢)– د– فاروق الحفناوي– قانون البرمجيات – دار الكتاب الحديث، القاهرة ٢٠٠١.ص ١٧٤–١٧٥ .

٣- بيع البرامج :ـ

يمكـــن ان يشتري المستخدم البرنامج وتكون أكثر الصور شيوعا فـــي ذلـــك عـــندما يكون البرنامج جزء من جهاز الحاسب الآلي ، فيـــشمله عقـــد البيع للجهاز ، أو عندما يكون البرنامج على وسيط مادي (دعامة) يعرض في الأسواق كالاسطوانة والكتاب ....الخ .

ولكـــن ينبغـــي ملاحظة أن الصفة الخاصة ببرامج الحاسب الآلي كمصنفات خاضعة للحماية بموجب قوانين حقوق المؤلف (كأعمال ذهنـــية أو أدبـــية) تجعـــل من ملكيتها الفكرية دائما وأبدا لصاحبها الأصـــلي (المبرمج الذي ابتكر البرنامج) بحيث لا تدخل في نطاق ملكـــية المشتري إلا الاسطوانة مثلا المحمل عليه البرنامج (الcd) مثلا (١).

بحـــيث يكون للمشتري استعمال البرنامج فقط (استعمال الاسطوانة كـــذلك) وليس له بيعه أو بيعها (محملة بالبرنامج للغير ، بل يبقى مؤلـــف البـــرنامج صـــاحب الحق في نسبة البرنامج إليه وبملكيته الفكرية للبرنامج ، بحيث لا يجوز للمشتري في اغلب الحالات حتى أن يعمـــل نسخا عنه أو أن تستغل البرنامج تجاريا .....الخ ، دون إذن أو اتفاق مع صاحبه الحقيقي . (٢)

---

(1) P.R.p43. Mark Lemey & Peter Menell

(٢)- راجـــع المـــواد ١٤٣و١٤٤ من القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ بشان حقوق الملكية الفكـــرية المصري . وراجع كذلك ، د، شحاتة غريب شلقامي ، مرجع سابق ص ٩٥ وما بعدها . و.د ، حسن جميعي مرجع سابق ص٨٣

وكذلك نضيف في هذه النقطة ان البيع الوارد على برامج الحاسب الآلي ، هو بيع لحق الاستعمال وان توسعت الصورة اكبر ،سيكون بيع لحق استغلال البرامج ماليا فقط وتبقى الملكية الفكرية دائما لمن ابتكر البرامج لان التنازل عنها باطل بحكم القانون .

٤- مقاولة برامج الحاسب الآلي :-

يمكـــن أن يحتاج المستخدم في بعض الأحيان برنامج ذو مواصفات معيـــنة ليلبـــي احتياجات خاصة به أو بعمله أو بمنشاته ، فيلجا إلى متخصص في مجال برمجة الكمبيوتر ويضعه في صورة ما يحتاج إليه بالضبط ، وفي صورة إمكانياته والبيئة المحيطة وطبيعة العمل ، والوظائـــف والغايـــات المرجوة من البرنامج المقترح، ليقوم هذا الخبير (المنتج،المبرمج) بتصميم برنامج يلبي حاجاته ، فنكون هنا بصدد عقد مقاولة ، يقوم من خلاله المقاول (المبرمج) بمهمة محددة نظير مقابل إجمالي .(١)

وهذه الصورة هي المجال الأوسع والأكثر بحثا في هذه الأطروحة ، ولكن يجد التنويه وكما أسلفنا سابقا ان مجال هذا البحث ليس الكشف عـــن التصنيف المختار لعقد الإعداد ، فهذه قضية قد بحثها الفقهاء والباحثـــين منذ ثمانينيات القرن الماضي ، واستقروا على أن أوضح

---

(١) - المـــادة ٦٤٦ مـــن القانـــون المدني المصري (المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه احد المـــتعاقدين بان يصنع شيئا أو يؤدي عملا لقاء اجر يتعهد به المتعاقد الآخر) تقابل المواد ٧٨٠ مدني أردني و٨٠٠ مشروع مدني فلسطيني

وراجـــع كـــذلك .د، محمـــد لبيب شنب -شرح أحكام عقد المقاولة- دار النهضة العربية القاهرة ١٩٦٢

صـــوره وأكثـــرها قربا من العقود المسماة تكمن في عقد المقاولة ، ولكـــن مجـــال بحثنا هو في الإطار القانوني لعقد الإعداد من حيث انعقاده وآثاره والالتزامات التي يرتبها على أطرافه .

٥- عقد تسليم المفتاح . Turnkey Systems(١).

لمـــا كان المستخدم مضطرا في بعض الأحيان لإبرام عدد مختلف مـــن العقود في مجال المعلوماتية ، بعضها يتعلق بالجهاز و بعضها يـــتعلق بالبـــرامج التي سيعمل من خلالها الجهاز ، وبعضها الثالث يـــتعلق بالخـــدمات ، مـــثل تقديم المشورة أو تدريب العاملين لدى المستخدم على أفضل الطرق لاستعمال واستخدام الأجهزة والبرامج ، ونتـــيجة لهـــذه التعقـــيدات والكثرة والتنوع في هذه العقود والتي ســـتؤدي فـــي الـــنهاية إلى تحقيق هدف عملي واحد (وهو حوسبة العمـــل مـــثلا) ظهر في الحياة العملية ما يسمى بعقد تسليم المفتاح بحيث يكون من الأفضل للمستخدم أن يلجا إلى مقاول واحد بدلا من التعاقد مع عدد من المقاولين والموردين،لإتمام العملية المعلوماتية ، ويتم ذلك من خلال عقد تسليم المفتاح ، والذي يعرفه الفقه بأنه ذلك الاتفاق الذي يتولى بموجبه احد الطرفين إقامة نظام متكامل للحاسب

---

(١) – يسمى كذلك لأنه في نهاية المشروع يتسلم المستخدم نظاما كاملا متكاملا وما عليه عـــندئذ إلا أن يديـــر المفـــتاح ، كمـــا يطلق عليه أحيانا Integration systems (النظم المتكاملة) على اعتبار ان التكامل ابرز سمات هذا العقد

وتـــسمى الـــشركات العاملـــة في هذا المجال systems provider _لمزيد من التفاصيل راجـــع . د، فـــاروق الحفناوي ، المرجع السابق. ص ١٣ .و،د، حسن جميعي ، المرجع السابق ص٩٥-١٠١ .

الآلـــي وتـــسليمه إلـــى الطرف الآخر جاهزا للتشغيل.(١) فيقوم هذا المبـــرمج (المقـــاول) بإتمـــام العملية المعلوماتية برمتها من توريد للأجهزة والبرامج وتشغيلها بعد تجربتها وضمانها وتدريب العاملين عليها وصيانتها ويقدم المساعدات الفنية والمشورة.

هذه أهم واشهر العقود التي ترد على برامج الحاسب الآلي، ويلحق بهـــا أيـــضا عقود أصبحت معروفة جدا في أيامنا هذه ، كعقد تقديم المـــشورة الفنـــية الـــذي يتعاقد بموجبه المستخدم مع متخصص في البـــرمجيات لـــيكون كمستـــشار له في اختياراته وتعاقداته الخاصة بالبرامج أو بالتقنية ، حيث يتمثل جوهر هذا العقد في إسداء النصح وتقـــديم دراســـات للاحتـــياجات ولنوعية البرامج لصالح المستخدم ...الخ .

وعقـــد المساعدة الفنية الذي يلتزم بموجبه المبرمج بتزويد المستخدم بالفنيـــين اللازمـــين لـــتدريب العاملين لديه على تشغيل الحاسبات والبـــرامج وصيانتها وكيفية إدارتها بالأساليب الفنية لتحقيق أقصى الغايات منها .(٢)

وخلاصة القول في هذا المبحث ومهما كان نوع أو طبيعة التصرف الـــذي قـــام بموجبه المبرمج أو المنتج أو المصمم للبرنامج ،بوضع

---

(١) – د. محمـــد الـــسيد عمران ،مرجع سابق ص٩٩. و.د، يوسف الاكيابي – النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في القانون الدولي الخاص – من دون ناشر، القاهرة ١٩٩٠ ٦٥ وما بعدها . و،د، محمد حسين منصور ،المرجع السابق ،ص٣٣.

(٢) – د.أنـــور احمد الفزيع– عقد المشورة– مرجع سابق ، ص١٠ .و،د السيد عمران ، مـــرجع سابق ص ٩٢ . و ،د ميرفت عبد العال – عقد المشورة في مجال نظم المعلومات – رسالة دكتوراة– عين شمس– ١٩٩٧.ص ٣٠ وما بعدها .

برنامجه تحت تصرف المستخدم ،فان هذا التصرف سوف لن يخرج عـــن التكيـــيفات القانونية المعروفة ،فقد يكون بيعا فيما لو طرحه مالكه للبيع ،وسواء قام به هو نفسه أو أعطى بيع حق الاستعمال أو الاســـتغلال لموزع يعمل لحسابه ، وقد يكون التصرف مقاولة كما رأيـــنا لعمـــل مـــا ، يطلق عليه العاملون في مجال إعداد البرامج Tailord software(١) (بـــرامج التفـــصيل) وهي البرامج التي تفصل خصيصا لمستخدم معين لتخدم نشاطه الخاص كما رأينا سابقا ومهما كان مسمى العقد الذي يضع المبرمج بموجبه برنامجه تحت تصرف المستخدم ،سواء كان بيعا أم إيجارا أم مقاولة ،فان هذا البرنامج (المحل) دائما يكون مالا معنويا على شكل أوامر وتعليمات لإنجاز مهمة محددة .

---

(١) - د. عـــلاء الـــدين فهمـــي وآخرون - الموسوعة الشاملة لمصطلحات الحاسب - موسوعة دلتا كمبيوتر٢ -مرجع سابق ص ٤٢١ .

الباب الأول

انعقاد العقد

البـــاب الأول

انعقاد العقد

تمهيد وتقسيم

يـــصعب إيجاد تعريف مانع جامع للعقد بشكل عام وهذا هو حال التشريعات المدنية التي حاولت إمكانية إيجاد تعريف للعقد فقد تطـــرقت المـــادة ٨٩ من القانون المدني المصري والمدة ٨٧ من القانون المدني الأردني لتعرف العقد حيث أقرتا أن العقد عبارة عن تطابـــق ارادتين للقيام بالتزام بحيث يترتب على هذا الالتزام حقوق وواجبات على طرفي العقد . [١]

ويـــذهب بعض الفقه لتعريف العقد بأنه توافق ارادتين على إنشاء التـــزام أو علـــى نقلـــه أو تعديله او حتى زواله.[٢] في حين يذهب جانـــب آخر إلى القول إن القانون المدني المصري لم يعرف العقد موردا تعريف القانون المدني الفرنسي له بأنه اتفاق يلتزم بمقتضاه

---

(١) المـــادة ٨٩ من القانون المدني المصري (يتم العقد بمجرد ان يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد) والمادة ٨٧ من القانون المدني الأردني (العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من احد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما مما وجب عليه للأخر) هذا ويلاحظ في نفس المعنى المادة ٧٧ من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

(٢) د-محمـــد حسني عباس – العقد والإرادة المنفردة – دار النهضة العربية –القاهرة – ٢٠٠١-ص١٥

شـــخص أو أكثـــر نحـــو شخص آخر أو أكثر بإعطاء أو بعمل أو بالامتناع عن عمل شيء . [1]

وبالـــرغم مـــن تعدد التعريفات (او بالامتناع عنه)ا فإننا لا نجد فيها خلافـــا من حيث المضمون بل نجد توافقا إن لم نقل تطابقا حتى في صياغة الفقهاء للتعاريف متفقين على تلاقي ارادتين أو أكثر للقيام بالتـــزامات غير مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة حسب يقرره القانـــون لهذه التصرفات وآثارها هذا من حيث العقد بشكله وتعريفه التقليديين وقبل الحديث عن انعقاد عقد إعداد برامج الحاسب لا بدمن محاولة لتعريف هذا العقد.

عقد إعداد البرامج :ـ

قـــبل أن نحاول إيجاد تعرف فقهي أو قانوني لهذا العقد لابد من القـــول بأنه يشترط لانعقاد عقد الإعداد الشروط والأركان المطلوبة لانعقـــاد أي عقـــد ، فـــلا بد من تراض ومحل وسبب وطبعا توافر الأهلية .

هـــذا مـــع العلم ان عقود إعداد البرامج (المعلوماتية) عادة ما تقترن بخاصية أخرى وهي تعلقها بالحقوق الأدبية والفنية الواردة علـــى عناصـــر (أو احد عناصر) أنظمة المعلومات أو برامجها[2] وتفرعاتها المختلفة.

---

(١) أســـتاذنا الدكـــتور احمـــد شرف الدين / نظرية الالتزام – ج١– مصادر الالتزام – الكـــتاب الأول / المـــصادر الإرادية . القاهرة ٢٠٠٣ حقوق الطبع والنشر محفوظة للمؤلف . ص ٣٧ .

(٢) د– شـــحاتة غريب – برامج الحاسب الآلي والقانون – دار النهضة العربية –القاهرة ٢٠٠٣ ص ٨،٩ .

وعودة إلى محاولة التعريف حيث نجد ان الفقه الانجلوساكسوني يرى أن عقد إعداد البرامج هو (الاتفاق المبرم بين العميل والمبرمج، على ان يقوم المبرمج بإعداد برنامج خاص بالعميل حسب المواصفات المحددة في شروط الاتفاق بينهما شرط أن لا يكون هذا الاتفاق مخالف لقواعد ومبادىء البرمجة[1] وباختصار ان يتم إعداد البرنامج بإحدى الطرق الممكنة تقنيا ، وفقا لما هو معمول به مقابل بدلا ماديا يدفع من قبل الطرف الأول إلى الطرف الثاني بدلا عن هذا الإعداد مع إعطاء الحق للطرف الأول باستعمال هذا البرنامج حسب شروط الاستعمال [2]

نستشف من ذلك أن أول صفات هذا العقد المقتبسة من محاولة تعريفه انه عقد ترخيص استعمال وليس تسليم شيء مادي ، وهنا يطرح السؤال التقليدي في هذا المجال ؟ هل هو عقد بيع أم عقد مقاولة ؟ وهو ما سنحاول اكتشافه لاحقا من خلال بحثنا هذا إن شاء الله .

أما الفقه اللاتيني والمصري فقد لخص تعارفه لعقد إعداد برامج الحاسب الآلي الدكتور عادل أبو هشيمة عندما قال (هو العقد الذي محله المعلومات المعالجة آليا والمبرم بين مورد ومستخدم مهني أو مستهلك والمعد مسبقا من الأول الذي استخدم لإبرامه تقنيات

---

(1) D-Hector Macqueen-professor of privat law –university of Edinburgh-Soft ware Transactions and contract law –Hart Publishing – Oxford1999 –p 7.

(٢) في الغالب يحتفظ الطرف الثاني بحقه الأدبي على البرنامج متنازلا فقط عن حق الاستعمال.

الاتصال عن بعد ، ويتعهد بموجبه بتوريد معلومات إلى الثاني نظير مقابل مادي يلتزم به الثاني تجاه الأول.[1]

كـذلك يمكن الإطلاع على المادة ١٣٨ بند رقم ٣،٤، ٥ من قانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ بإصدار قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري .

مما سبق ذكره وبعد أن كونا فكرة عن تعريف هذا العقد في كـلا المدرسـتين القانونيتـين العريقتين وقبل الخوض في قضية الانعقاد والأركان، يمكننا أن نستخلص أن طبيعة هذا العقد اقرب ما تكون إلى عقد مقاوله منها إلى عقد بيع ، وانه من العقود الرضائية ولكنها رضائية ذي طبيعة خاصة اذ تطلبت اغلب القوانين الخاصة والمـتعلقة بـه الكتابة وذلك بهدف حماية عناصره ودقة الاتفاقيات المتعلقة به وللتوثيق ثانيا بحيث تأخذ شكلا معينا.[2]

هـذا ونلاحـظ أن محل العقد ليس موجودا دائما وإنما في اغلب الحالات يتم التعاقد على إنشائه وما الكتابة إلا للحفاظ على تفاصيله الكثيرة وعدم الادعاء لاحقا من قبل الأطراف.

---

(١) كـذلك يمكن مراجعة المادة ٢٠٩٨ من القانون المدني لمقاطعة الكيبك الفرنسية في كندا والتي تعرف عقد إعداد البرنامج بأنه (العقد الذي يقدم من خلاله شخص سواء كـان مقاولا أو مؤديا خدمة بالالتزام تجاه شخص آخر وهو العميل بإخراج مصنف أدبـي أو فني أو الالتزام بتوريد خدمة مقابل مبلغ يقوم بوفائه العميل / يمكن مراجعة د- عـادل أبو هشيمة – عقود خدمات المعلومات في القانون الدولي الخاص – دار النهضة العربية –القاهرة – ٢٠٠٥ ص ١٩ .

(2) Mark Redcliff & Dina Brinson –Contract Law –written contract. P.R . .p .21

وقــبل الــبدء في فصول هذا الباب نقول إن ركن السبب لا جديد بــشأنه في نطاق عقود الإعداد فالنظرية العامة للعقد كافية للتعامل مع السبب فهو لا يختلف في هذه العقود عنه في بقية العقود.

لــذلك سنحــصر دراســتنا في هذا الباب لانعقاد العقد على الرضا والمحل في فصلين متتاليين وسندرس في فصل ثالث بعض العقود النموذجــية فــي هذا المجال بدلا من الخوض التقليدي في نظرية السبب.

الفصل الأول

التراضي في عقود إعداد البرامج

إذا كان مناط العقد الإرادة، فان الإرادة تتطلب تراض الإطراف من كل وجه لدرجة تطابق ارادتهم على إحداث اثر قانوني هو في الغالب إنشاء للالتزام، [١] فيكون الرضا هو التعبير عن إرادة إطراف العقد بالموافقة على التعاقد [٢] وهذا ما أكدته المادة ٨٩ من القانون المدني المصري بقولها (يتم العقد بمجرد ان يتبادل الطرفين التعبير عن ارادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد) [٣] وهي تقابل المادة ٧٧ من مشروع القانون المدني الفلسطيني في هذا الشأن [٤]

ومدلول ذلك أن يتطابق القبول مع الإيجاب من كل وجه لكي يتم التعاقد، والإيجاب شرط مهم في التعاقد لأنه نقطة البداية في إبرام العقد لذلك يجب ان يكون واضحا وباتا[٥] ولكن في عقود

---

(١) قد يكون هذا الأثر تعديل أو نقل أوانقضاء الالتزام / أستاذنا الدكتور شرف الدين / نظرية الالتزام / المرجع السابق ص ٦٦/ ٦٧

(٢) د سليمان مرقص / الوافي في شرح القانون المدني (٢) في الالتزامات – المجلد الأول –نظرية العقد – الطبعة الرابعة القاهرة ١٩٨٧ ص ١٣٢

(٣) القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ منشور بالوقائع المصرية عدد ١٠٨ مكرر في ٤٨/٧/٢٩

(٤) تنص المادة ٧٧ من مشروع القانون المدني الفلسطيني على أن (ينعقد العقد بمجرد تبادل طرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين ما لم يقرر القانون أوضاعا معينة لانعقاده)

(٥) د/ عبد الرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني –المجلد الأول نظرية الالتزام – منشورات الحلبي الحقوقية بيروت ١٩٩٨. ص ١٨٣.

الإعـــداد (المعلوماتـــية) يصعب في اغلب الأحيان تحديد من هو الطـــرف الموجب أو الذي صدر عنه الإيجاب، وذلك نظرا للتبادل المـــتعدد للعـــروض ، أو الـــردود التـــي تتضمن إيجابا جديدا أو المفاوضات التي تسبق الإبرام أو سكوت احد المتعاقدين وكذلك في حالـــة وضـــعه لبعض التحفظات على الإيجاب الأساسي، وسوف نـــبحث كـــل ذلـــك في المبحث الأول من هذا الفصل وهو توافق الارادتـــين. ثـــم نبحث في صحة هذا التوافق أي صحة التراضي وسلامته من العيوب في مبحث ثان.

المبحث الأول
توافق الارادتين

يجـب أن يكـون القبول الصادر من احد المتعاقدين مطابقا للإيجاب الصادر من المتعاقد الآخر ، وذلك على الأقل في العناصر الجوهرية ،فان جاء مخالفا له فان العقد لا ينعقد وإنما يصبح القبول إيجابا جديدا موجها إلى من صدر عنه الإيجاب في البداية[1].

وبمـا أن التعبير عن إرادة أطراف العقد لا يعني بالضرورة إتمام الـتعاقد ، وإنمـا هي مرحلة من مراحل إبرام العقد والسابقة له[2] وهو كذلك لا يرتب أي اثر قانوني إلا إذا تلاقى الإيجاب مع القبول وتطابقـا مـن كل جانب ، ولم يخالف ذلك النظام العام فنكون أمام عقد .

وفـي عقـود المعلوماتية فان مشاكل يمكن أن تثور في الإيجاب و القبول كالتحفظات التي تصدر من الأطراف والقبول الضمني للعقد أو الـسكوت الـذي يعبـر عـن القبول . فنلاحظ مثلا أن بعض الـشركات تقـوم بـالإعلان عـن توفر برامج لديها تقوم بحماية الحاسوب من الفيروسات ، وعلى من يود الحصول على نسخة من البـرنامج مـراجعة الشركة للحصول عليه ، مقابل مبلغ محدد من

---

(١) المـادة ٩٦مـن القانـون المدني المصري وهي تقابل المادة ٩٧ من القانون المدني الأردني والمادة ٨٨ من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

(٢) أسـتاذنا الدكـتور احمد شرف الدين –نظرية الالتزام – المرجع السابق ص٨٢ وما بعدها د / حسام الدين الاهواني –النظرية العامة للالتزام –ج١ دار النهضة العربية – ط٣ – القاهرة ٢٠٠٠، ص١٠٧

المـــال ، فهـــذا الإعلان هو إيجاب واضح وصريح (حسب المواد ٩٠ مـــن القانـــون المدنـــي المصري و٩٣و٩٤ من القانون المدني الأردنـــي و٧٩ و٨٢ من مشروع القانون المدني الفلسطيني) فان وافق احد الأشخاص على شروط الشركة مقتنعا أن البرنامج يصلح للحاسب الذي لدية ،وراسلهم حسب الإجراءات التي طلبوها للتعبير عن قبوله ، فان رفضهم إتمام الصفقة لا يضعهم(كطرف موجب) أمام أي مسؤولية إذا كانوا قد وضعوا شروطا في إيجابهم تعير عن حقهـــم في عدم التعاقد مع أي شخص (طبيعي / حكمي) يجدوا انه غير مناسب وفق أسباب يحتفظوا بها لأنفسهم[١]

ونحـــن اذ نـــسوق مثل هذه الأمثلة لنقدم بها للإشكالية التي نبحـــثها فـــي هذه الأطروحة والتي دائما تتجسد في وجود أساليب جديـــدة لـــم تكن معهودة تقليديا .لذلك سوف لن نبحث في أساليب الإيجاب وشروطه (التقليدية) وفقط سنبحث مثلا في طرقه وأساليبه ومـــشاكله عبر هذه العقود ، وهذا سيكون نهجنا في كل طيات هذه الرسالة .

المطلب الأول

الإيجاب في عقود الإعداد

الإيجـــاب فـــي اللغـــة هـــو الإثـــبات والإلزام، وفي معناه الاصطلاحي هو الإعراب عن إرادة نهائية اتجهت فعلا إلى ترتيب

---

(1)Roger Brownsword-contract law –themes for twenty first century – Butterworths-London.2000.p 35

اثـــر قانونـــي، أو هو الإرادة التي تصدر من احد المتعاقدين أولا إثباتا لما يريد. [١]

امـــا فـــي معناه الفقهي و القانوني فهو التعبير النهائي عن الإرادة الصادرة من شخص إلى آخر ، مظهرا إرادته الجازمة في الارتباط بعقـــد معـــين بالـــشروط المحددة بالإيجاب ، بحيث إذا لحقه قبول مطابـــق له انعقد العقد[٢]، هذا وقد عرفت محكمة النقض المصرية الإيجـــاب بأنه (العرض الذي يعبر به الشخص الصادر منه على وجه حازم عن إرادته في إبرام عقد معين بحيث إذا اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد . [٣]

وللتوضيح أكثر نقول إن أول تعبير من تعابير الإرادة يسمى إيجاب بحيث يكون صادر من احد أطراف العقد ويسمى الموجب ، وموجه إلى شخص آخر ،يعرض عليه القيام بإبرام عقد حول إعداد برنامج مـــن بـــرامج الحاسب يقوم بمعالجة بعض الأمور (أي البرنامج) الخاصـــة بالطـــرف الآخر ، ومما يجدر ذكره انه لا فرق اذا كان صـــاحب شركة البرمجة هو الذي عرض ، أو شخص من طرفه ، أو أن شـــركة تحتاج لمعالجة بعض البيانات الكترونيا عبر برنامج يوفـــر لهـــا ذلـــك ، هـــي التي عرضت على شركات البرمجة أو

---

(١) اتحاد المجامع العلمية العربية – مصطلحات قانونية أقرتها ندوة دمشق – ط١٩٧٣- ص ٣٦

(٢) يمكـــن مـــراجعة د/ احمـــد شرف الدين – نظرية الالتزام – مرجع سابق ص ٨٤، وكذلك يمكن مراجعة د/أنور سلطان – مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني – منشورات المكتب القانوني /عمان ١٩٩٨ ص٦١

(٣) نقض مدني ١٩٦٩/٦/١٩ س ٢٠ ص ١٠١٧.

المبرمجين مناقصة بذلك . وكذلك اذا ما احتاج شخص عادي إلى برنامج معين فطلبه عارضا مواصفاته.....الخ فايهما قال أولا وعرض فهو الموجب ، والقول هنا يسمى إيجابا . [1]

والقاعدة التقليدية في هذا المجال، إن الإيجاب غير ملزم أي يجوز لصاحبه أن يرجع فيه طالما انه لم يقابله قبول ممن وجه إليه الإيجاب، واستثناء عن هذه القاعدة يكون الإيجاب ملزما لصاحبه (أي لا يجوز الرجوع فيه) إذا حدد الموجب ميعادا للقبول أو إذا اقتضت هذا الميعاد ظروف الحال وطبيعة المعاملة، وفي مثل هذه الحالة يظل الإيجاب قائما طوال المدة ويسقط بسقوطها. [2]وللحديث عن الإيجاب في عقود الإعداد لابد أولا أن يتم تحديد طبيعة النظام المعلوماتي المطلوب بشكل دقيق من خلال دراسة تحليلية يقوم بها خبراء متخصصون في هذا المجال او يقوك بها الموجب نفسه اذا كان هو من سيحدد احتياجاته . او في بعض الأحيان عن طريق مستشار خارجي يقوم بتعينه اذا لم تتوفر لديه الخبرة اللازمة لذلك.[3] وحتى يتسنى لنا الإلمام بهذا الجانب سنقسم هذا المطلب

---

(١) د . محمد سعيد خليفة : مشكلات البيع عبر الانترنت ، دار النهضة العربية القاهرة ٢٠٠٤ ص٧٣ وما بعدها

(٢) المستشار فاروق علي الحفناوي : موسوعة قانون الكمبيوتر ونظم المعلومات ، الكتاب الثاني ، دار الكتاب الحديث – القاهرة – الكويت– الجزائر.

(٣) يمكن مراجعة .د،حسن عبد الباسط جميعي / حماية برامج الحاسب الالي . بحث مقدم الى wipo بالتعاون مع اتحاد المحامين العرب ج١ ص١٤٥ ، ونضيف هنا الى ضرورة توخي منتهي الدقة لنتائج اي دراسة تقام على احتياجات الموجب ،لانه سيترتب عليها نتائج خطيرة في النظام المعد من قبل الطرف الذي سيقوم ببرمجته او اعداده

إلى فرعين نبحث في الفرع الأول شروط الإيجاب والتحفظات عليه ،وفـــي الفرع الثاني بعض الموانع القانونية التي تمنع الانعقاد وكل ذلك طبعا مقتصرا على عقود الإعداد .

الفرع الأول
شروط الإيجاب والتحفظات عليه

مـــن خـــلال دراستنا لبعض العقود في هذا المجال ،نجد ان الـــشركات التي تعمل فيه تتحمل مخاطر كبيرة وتتحمل مسؤوليات جسام ،على اعتبار أنها تتحمل وحدها أمام العميل المسؤولية الكاملة من التصميم إلى التوريد إلى التركيب إلى التشغيل إلى الضمان [1] هذا بالإضافة إلى ان طبيعة مستلزمات العميل او النظام الذي طلبه او الـــوقت المـــتفق علـــيه ،كلهـــا تفرض دقة متناهية ومسؤوليات كبيرة.

ونـــضيف هـــنا ان مما يخفف من مخاطر ومسؤوليات الشركات العاملـــة فـــي هذا المجال ان تضع وصفا دقيقا للبرنامج او للنظام وتطلـــب مـــن العمـــيل التوقيع عليه ، وان ترفض في حالة الشك بقـــدرتها علـــى تلبية متطلبات أوصفات او وظائف طلبها العميل ، ولديها شك في إمكانية تحقيقها فنيا ان ترفض مقاولة العمل .

---

(1) Benjamin Wright the law of electronic commerce part V Electronic contract issues .Little Brown and company .Boston 2002 p.146

والإيجـــاب في عقود البرامج عادة ما يسبقه مرحلة من المفاوضات ، وهـــي تشبه مرحلة التفاوض في عقود الإنشاءات مثلا ، او حتى فـــي العقـــود بشكل عام ، ولكن في عقود إعداد البرامج تأخذ شكلا معينا يتمحور في توقيع وثائق قانونية في المرحلة التي تسبق توقيع العقـــد النهائـــي ، تعـــرف بعـــدة مسميات مثل (مذكرة تفاهم) او (خطـــاب الـــنوايا) [1] . وهـــذه الأشـــكال هـــي صورة من صور المستندات قبل العقدية ، بحيث تكون مستندات يتم التوصل إليها من قـــبل الـــتعاقدين فـــي مرحلة المفاوضات وهي المرحلة التي تسبق التوقـــيع علـــى العقد النهائي . وللعلم نقول ان هذه تعابير عملية او عرفية في هذا المجال ، وليست مصطلحات قانونية . بحيث يعرض المـــوجب رغبـــته ونيته في التعاقد مع الطرف الآخر على برنامج معين ، ويقوم

بتوجـــيه كتاب الى الطرف الآخر بإبداء الرغبة في العاقد على شـــراء نظام معين (بغض النظر أكان برنامج متكامل ام كان جهاز يحـــتوي علـــى برامج ...ام برامج لأجهزة لديه) ، فان وافق هذا الطلـــب قـــبول الطـــرف الاخـــر ،فانـــه وقـــبل ان يقوم الطرفان بالمفاوضات المتعلقة بتفاصيل المشروع يوقعان على مذكرة تتضمن

---

(١) د، محمـــد حـــسام لطفـــي ، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض ، دراسة مقارنة للقانونين المصري والفرنسي . دار النهضة العربية . القاهرة ١٩٩٩ ص٥ .

رغبتهما بالتعاقد على الأسس والشروط المبينة فيها[1] والتي تتضمن مثلا:

١-مسودة أولى لأفكار الموجب - طلبات - حاجات .....وتسميها بعض الشركات مسودة أولى للنقاش [2]

٢-كيفية تأدية الثمن ، وهل هو على مراحل ترتبط كل مرحلة بإنجاز عمل معين

٣-حالة النزاع والقانون الواجب التطبيق فيما لو حدث نزاع ، واللجوء للتحكيم وشروطه ان تم إقراره .

٤-اذا كانت لغات الأطراف مختلفة فيجب الاتفاق على لغة العقد والمحكمة او الجهة المختصة بتفسيره .

٥-الملاحق وهي شيء جوهري ومهم في عقود التقنيات ، فليس من المعقول تحشير كل التفاصيل في عقد واحد بل يتم اللجوء إلى أسلوب الملاحق في هذا المجال .

٦-الضمانات وفترة التجربة ، قضايا لا بد من الاتفاق عليها ،ويلاحظ ان بعض الشركات المتخصصة في هذا المجال تضع وقتا زمنيا محددا تستغرقه المفاوضات بحيث لا يجب ان تكون لا نهائية .

---

(١) د،محمد حسام لطفي ،استخدام وسائل الاتصال الحديث في التفاوض على العقود وابرامها /لقاهرة ١٩٩٣ص٣٥

(٢) المستشار /الحفناوي . موسوعة قانون الكمبيوتر ،مرجع سابق ص ٦٠ .

٧-وبالعودة إلى شروط الإيجاب فلا غنى عن القول ان التعبير عـــن الاردة اما ان يكو ن في صورة إيجاب offer او في صورة قبول acceptation ويشترط في الإيجاب ان يكون محددا وقاطعا وهو يكون كذلك اذا تضمن العناصر الأساسية للتعاقد [١] .

ويكفي القبول من الطرف الآخر لقيام العقد [٢]

ولكـــي نـــستطيع ان نميزه عن مرحلة المفاوضات ،يجب ان يكون واضـــحا ومحددا وموجها إلى شخص او أشخاص معينيين ، سواء أكـــان قد صدر بطرق التعبير الصريحة ام الضمنية ،ولكن لا يمكن ان يـــتم الإيجـــاب بالسكوت ،لأنه هو الكلام الأول ، والسكوت عدم والعـــدم لا يترتب عليه اثر . [٣] فيجب ان يدل التعبير الصريح او الـــضمني على إرادة الموجب لإبرام عقد ، فإذا كان العقد بيعا مثلا

---

(١) د. حسام الدين الاهواني .نظرية الالتزام ، مرجع سابق ص١٠٧ ،د اسامة ابو الحسن مجاهد خصوصية التعاقد عبر الانترنت . مرجع سابق ص٤٣.

(٢) يمكن مراجعة المواد ٨٩،٩٠،٩١، من القانون المدني المصري والمواد ٩٠،٩١، ٩٣ من القانون المدني الاردني وهي تقابل المواد ٧٨،٧٩،٨٠ من مشروع القانون المدني الفلسطيني .

(٣) يمكـــن مراجعة المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني في شرحها للمادة ٩٥ – الجزء الاول المكتب الفني ، نقابة المحامين .عمان ١٩٩٨ ص١٠٨ والمادة ٨٣ من مـــشروع القانـــون المدني الفلسطيني .والمواد ١٦٧،١٦٩ من مجلة الاحكام العدلية وشـــرحها لعلـــي حيدر ، مكتبة النهضة، بيروت ١٩٧٩ ص ٢٣٥ . وكذلك المذكرة الايضاحية للمادة ٩٨ من القانون المدني المصري .

فيجب ان يتضمن الإيجاب ذكر المبيع من حيث نوعه ومقداره وبيان الثمن ....الخ. [1]

وتثور هنا قضية اذا ما كان الإيجاب غير موجه إلى شخص بعينه ، كـــان يكون موجه بالصحف او بالانترنت او بالتلفاز . فقد أجاب علـــى ذلك المشرع الأردني في المادة ٩٤ من القانون المدني بقوله (١- يعتبـــر عـــرض البضائع مع بيان ثمنها إيجابا ٢- اما النشر وبيان الأسعار الجاري التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعرض او بطلـــبات موجهه الى الجمهور او للأفراد فلا يعتبر عند الشك إيجابا وإنما يكون دعوة إلى التفاوض) [2]. وهذا الحكم اختلف معه جانب من الفقه وبالذات الفقه الفرنسي فقد أشار الأستاذ Ripert [3] إلى أن الإيجاب الموجه إلى الجمهور هو إيجاب بالمعنى الصحيح ما دام مضمونه محدد تحديدا يكفي لإبرام التعاقد فور اقترانه بقبول لا سيما حين يكون الإيجاب جماعيا (offer collective) حيث ووفق رأي هذا الفقيه انه يجوز وفق القانون الفرنسي ذلك ،لان الغالبية العظمى

---

(١) د. الـــسنهوري ،الوسيط ،ج١،مرجع سابق ص ٢٢٠ ،و د. رمضان ابو السعود ،عقد الايجار في القانون المصري واللبناني ، الدار الجامعية بيروت ،ط٢ ص٢٣٨ وكذلك ،د،انور سلطان مرجع سابق ص٦١-٦٥ .

(٢) كـــان نفـــس هذا النص موجود في المشروع التمهيدي للقانون المني المصري ، وقد حذف من قبل لجنة المراجعة لعدم الحاجة اليه اذ يسهل تطبيق هذا الحكم بدون نص ، الاعمال التحضيرية ،ج٢ ص٤٣ اشار اليه استاذنا الدكتور احمد شرف الدين .مرجع سابق ص٨٥ ،وهي تقابل المادة ٨٣ من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

(٣) د، عباس العبودي ،التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها بالثبات المدني ،دار الثقافة للنشر عمان ١٩٩٧ ص٩٨ .

مـــن الـــتجار يصدرون إيجابا عاما للجمهور بعرض بضائعهم مع أسعارها .

وقـــد حـــسمت الموضوع المادة ١٤ من اتفاقية فيينا للبيوع الدولـــية لسنة ١٩٨٠ اذ جاء فيها (ولا يعد العرض الذي يوجه الى شـــخص او أشـــخاص غيـــر معينين إلا دعوة للإيجاب ما لم يكن الـــشخص الـــذي صدر عنه الإيجاب أبان بوضوح الى اتجاه قصده بخـــلاف ذلك) ويعلق الدكتور محسن شفيق[١] على هذا النص بأنه جاء حلا وسطا بين التشريعات بحيث اعتبر ان الأصل أن العرض الموجه الى الجمهور لا يعتبر إيجابا ، ولكن اذا كان الشخص الذي صـــدر عـــنه العرض قد أبان قصده بوضوح فيكون تعبيره قاطعا ونعتبر ذلك إيجابا .

وإذا كـــان الفقه والقانون قد اجمعا ان التعاقد يكون اما بمجلس العقد وبحـــضور طـــرفيه (العميل والمبرمج) في نفس المجلس ،فيكون الإيجاب بانتظار القبول الفوري ،فان لم يلحق به قبول فان الموجب يكـــون فـــي حـــل مـــن إيجابه بعد انقضاء مجلس العقد الذي انعقد لإبرامه[٢] ولا يرتب ذلك أية مسؤولية على الموجب .

---

(١) د، محسن شفيق ،اتفاقية الامم المتحدة يشان البيع الدولي للبضائع ،دار النهضة العربية ،القاهرة ١٩٨٨ ص٩٢

(٢) المـــاده ٩٤ مـــن القانون المدني المصري وهي تقابل الماده ٩٦ من القانون المدني الاردني والمادة ٨٦ من مشروع القانون المدني الفلسطيني .

وإمـــا ان يكـــون القبول ليس فوريا وذلك عندما يلزم الموجب نفسه بالـــبقاء على إيجابه مدة معينة ،او ان تكون طبيعة المعاملة تستلزم اخذ وقت معين قبل صدور القبول ، ، ومن هنا تنص المادة ٩٨ من القانون المدني الأردني (اذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء علـــى إيجابـــه إلى ان ينقضي هذا الميعاد) [١] وإذا انتهت المدة ولم يتم القبول ، فان الموجب يكون كذلك في حل من إيجابه .

هـــذا ولا يخفى انه يمكن سقوط الإيجاب في هذا العقد نتيجة لرفضه من قبل الطرف الاخر ، سواء كان هذا الرفض كليا ام كان جزئيا ، كان يتم تعليق القبول على اضافة بعض الشروط او إلغاء بعضها . وهذا يعني رفض الإيجاب وسقوطه أيضا ،الا ان المشرع المصري اعتبر في مثل هذه الحالة ان الإيجاب كان لم يكن واعتبر التعديل او الإلغـــاء هـــو بمـــثابة إيجاب جديد ينعقد العقد به اذا صادف قبولا مطابقا. [٢]

وعـــوده إلـــى بـــرامج الإعداد فليس من المعقول ان يتم الإيجاب والقـــبول علـــى البـــرنامج بكل تفاصيله، ففي هكذا عقود غالبا ما يـــسبقها كمـــا أسلفنا مراحل مفاوضات او عقود ابتدائية مقترنة بدراســـات وتحفظات . ولكن وعلى كل الأحوال اذا تم الاتفاق على

---

(١) تقابل الماده ٩٣ من القانون المدني المصري والماده ٨٥ من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

(٢) تنص الماده ٩٦ مدني مصري (اذا اقترن القبول بما يزيد في الايجاب او يقيد منه او يعدل فيه اعتبر رفضا يتضمن ايجاب جديد) تقابل المواد ٩٩ /٢ من القانون المدني الاردني وماده ٨٨ .م فلسطيني.

المسائل الجوهرية وعلى البدل يكون هنا عقد[1] قد انجز في نظر القانون مقترنا بحسن تنفيذ الأطراف لالتزاماتهم ، أما بالنسبه للامور التفصيلية فان ارجائها الى وقت اخر او عدم الاتفاق عليها لا يؤدي الى بطلان العقد وانما يكون للاطراف الاتفاق عليها في وقت لاحق او للمحكمه او هيئه التحكيم النظر في الخلافات التي قد تنشا عن الامور التفصيليه، والنظر في افضل الطرق لمعالجة هذا الخلاف تبعا لطبيعة المعامله ولاحكام القانون والعرف ان وجد في مثل هذه العقود وهو ما اضطردت عليه الشركات الكبرى والموردين في هذا الشان مثلا.

الفرع الثاني
موانع قانونية

نادرا ما يصدر قبول في عقود المعلوماتية بدون ان يرافقه تحفظ معين سواء في وثيقة العقد الاصلية او في الملحقات[2] فالصيغة المشهورة في هذا المجال والتي عادة ما يستعملها المستهلك

---

(١) يمكن مراجعة الماده ٩٥ من القانون المدني المصري والماده ١٠٠ من القانون المدني الاردني وهي تقابل الماده ٨٩ من مشروع القانون المدني الفلسطيني والتي تنص على (اذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهريه في العقد واحتفظا بمسائل تفصيليه يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا ان العقد لا ينعقد عند عدم الاتفاق عليها اعتبر العقد قد انعقد واذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فان المحكمه تقضي فيها طبقا لطبيعة المعامله واحكام القانون).

(2) Roger Brownsword contract law. themes for the twenty first century-chapter one –the nature of –contract- promise as sufficient. Butterworths. London. 2000 . 1-12-p.9

في التعاقد هي اوافق على العقد بشرط ان يعمل النظام بشكل جيد ، او ان يقبل تحت تحفظ تسليم المخططات ، او ان يصر العميل على التزام البائع المهني بالاعلام ، فان ذلك يعني التزام البائع (الموجب مثلا) بالتوصيف المستندي للبرامج وبيان طريقة تشغيلها ودعم البرامج اي تدريب العميل عليها[1] فهل تعتبر هذه التحفظات موانع قانونيه تمنع من الانعقاد اذا احتواها ايجاب معين او اذا وردت في قبول لهذا الايجاب مثل تقيد حريه العميل مثلا في تطوير البرامج او منعه من ادخال تعديلات عليها هذا ما سنبحثة في هذا الفرع.

في البدايه نقول ينعقد العقد على الرغم من وجود التحفظ اذا ما وافق الطرف الاخر على هذا الشرط او اذا أرجأه الى وقت لاحق او تحفظ عليه وذلك لا يوثر على وجود التراضي على العناصر الأساسية فيه ، قياسا على قول العميل مثلا بشرط ضمان العيوب الخفية فهذا القول لا يعتبر إيجابا جديدا ، لأنه ما قيل الا تذكيرا بقاعدة عامه مستمده من نص قانوني . [2] اما اذا علق العقد على شرط واقف كقول العميل بعد الاتفاق على كل العناصر الجوهرية والثانوية موافق شرط ان يكون التنفيذ اذا وافق المصرف على إقراضي او سأستمر بالعقد اذا ما حصلت على القرض فكذلك ينعقد

---

(١) د. محمد حسن قاسم ، التعاقد عن بعد، قرائه تحليلية في التجربة الفرنسيه مع اشاره لقواعد القانون الاوروبي . دار الجامعة الجديدة للنشر .الاسكندرية ٢٠٠٥ ص ٣٢ وما بعدها .

(٢) إبراهيم المنجي . عقد نقل التكنولوجيا ط١. منشأه المعارف الاسكندريه ٢٠٠٢ ص ٨١ وما بعدها.

العقـد لكـنه يكـون معلقا على شرط واقف او فاسخ حسب طبيعة الحال.

وفي هذا قالت محكمة استئناف باريس ان موضوع تسديد الثمن هي شـروط خاصة لا تدخل ضمن العناصر الجوهرية لعقد المعلوماتية التي لا يمكن فيها ان يدفع المستفيد الثمن ما لم يحصل على تحويل مالـي مـصرفي [1] حيث يلاحظ انه اذا لم يلحق التحفظ العناصر الجوهرية فان العقد ينعقد بالوصف الذي ورد فيه التحفظ .

وفـي حـالات أخرى نجد ان المشرع المصري في قانون التجارة الجديـد رقـم ١٧ لـسنه ٩٩ قد أبطل شروطا بعين ذاتها يمكن ان يضعها البائع للبرامج (مورد التكنولوجيا مثلا) فقد أوضح في المادة ٧٥ ما معناه انه يجوز إبطال كل شرط يرد في عقد نقل التكنولوجيا ويكـون من شأنه تقيد حرية (المشتري) في استخدامها او تطويرها وذلـك مثل حظر إدخال تحسينات على النظام او تدخله بالإنتاج او العمل او اشتراكه في الاداره ..... الخ. [2] ففي مثل هذه الحالات لم يـبطل المشرع العقد ولكنه أبطل اي شرط تعسفي يمكن ان يضعه معد البرامج في مواجهة العميل .

---

(2) cap aris, 25 ch.b.23 fev. 1995, inf.op.cit,n879.p.575

(٢) يمكن مراجعة مجله المحاماه ملحق التشريعات يونيه ١٩٩٩ ص٣٨٤.

امـــا اذا كـــان الـــتحفظ يمـــس العناصر الجوهرية للعقد او مـــشروعية فان هذا يعتبر مانعا يحول دون الانعقاد فلا ينعقد العقد في هذه الحالة لانهدام ركن تطابق الارادتين . [١]

فقد يضع المستفيد في عقد من عقود الإعداد تحفظا يطلب فيه مناقشة بعض شروط العقد او جزئية المدة ،او ان يرسل طلبا يطلب وقـــت للدراسة او يطلب إعادة المفاوضات بشان موضوع جوهري فـــي العقـــد ففي مثل هكذا حالات لا ينعقد العقد . [٢] وكذلك الشرط الـــذي بضعة المستفيد دائما والسابق الإشارة إليه والذي يفرض به على المتعهد او صانع أو مبتكر البرامج تدريب بعض العاملين لدية اي لـــدى المـــستفيد، او إذا وضع أحدهما تحفظا على وقت التشغيل للبـــرنامج او التسليم فلا ينعقد العقد في مثل هذه العقود لان التشغيل والتـــسليم والـــتدريب عناصـــر أساسيه وجوهرية في عقود الإعداد (المعلوماتـــية) خصوصا اذا ما سلمنا ان هذه عقود في غالبها ذات طبـــيعة تجاريـــة.[٣] وهناك شرط اخر دأبت الشركات في المملكة

---

(١) يمكن مراجعة، د. انور سلطان ، مصادر الالتزام ، مرجع سابق ص ٨٠ وما بعدها ، واســتاذنا –د. احمد شرف الدين نظرية الالتزام، مرجع سابق ص ٨٢ وما بعدها ، السنهوري ، الوسيط ، ج ١، مرجع سابق ،ص ٢٥٠ وما بعدها .

(٢) د. اســامه احمد بدر ، بعض مشكلات تداول المصنفات عبر الانترنت ، دار النهضة العربية القاهره ٢٠٠٢ ص٢٦.

(٣) هكـــذا صنفها قانون التجاره المصري الجديد رقم ١٧ لسنة ٩٩ . يمكن مراجعة د . نـــصيره بو جمعة سعده . عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي ، رساله ، جامعـــة الاســـكندرية، ١٩٩٧ ص١٨. و د. يوســـف عبد الهادي الاكيابي . النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا . ١٩٨٩ ص٢١ من دون دار نشر .

المتحدة على وضعه وهو ان المتعهد لا يتحمل مسؤولية عدم التنفيذ اذا كانت الدراسة التفصيلية لتنفيذ البرنامج او النظام المطلوب تشير الى استحالة تقنية او إدارية ....الخ [1] فهذه عناصر جوهرية أصلا تحول دون انعقاد عقد الإعداد.

وبذلك نلاحظ بان معيار التفرقة ما بين التحفظات والشروط التي تشكل موانع قانونية من انعقاد العقد وما بين التحفظات والشروط التي ينعقد بها العقد على الرغم من ورودها في عقود الإعداد هو مدى مساسها بالعناصر الجوهرية للعقد، فان كانت ثانوية انعقد بها العقد وان كانت جوهريه عطلت الانعقاد ، ولا يفوتنا القول ان للقضاء دوره هنا في استبيان مدى اهمية تلك التحفظات والشروط بالنسبة للعقد فيتحرى ملابسات التعاقد والمجلس الذي حصل به وانفضاضه على اي حال وهل هناك امكانية لاعتبار التحفظ او الشرط ايجابا جديدا يجب ما قبله.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصريه انه (اذا اتفقا الطرفان على جميع المسائل الجوهرية واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفق عليها فيما بعد ولم يشترطا ان العقد لا يتم عند الاتفاق عليها ، فان العقد يعد قد تم، واذا قام خلاف على المسائل التي ارجئ الاتفاق عليها كان لهما اللجوء للقضاء للفصل فيها). [2]

---

(١) د. عباس العبودي مرجع سابق ص١٣٦.

(٢) نقض مدني ١٩٨٣/٣/٢٩ طعن ١٨٨٠ ص٢٩ قرار لم ينشر اشار اليه د . عباس العبودي مرجع سابق نقلا عن معوض عبد التواب، مدونة القانون المدني الجزء الاول ١٩٨٧ ص ٧٧٣.

المطلب الثاني

القبول

اتـــضح لنا فيما سبق ان التعبير عن الاردة إما ان يكون في صـــورة إيجاب او في صورة قبول ، وقد تحدثنا عن الإيجاب ، اما القـــبول فيجب ان يكون مطابقا للإيجاب ،فلا يزيد عليه ولا ينقص مـــنه ،فـــإذا اقترن بما يزيد في الإيجاب او يعدل فيه ،اعتبر إيجابا جديدا يحتاج إلى قبول من الطرف الاخر حتى ينعقد به العقد [١].

والقـــبول هـــو التعبيـــر الـــصادر عن إرادة الموجه إليه الإيجاب ، والمعبـــر عن رضاه بإبرام التعاقد بالشروط الواردة في الإيجاب[٢] ويعـــرفه الفقـــه الإنجليزي بأنه (تعبير نهائي عن الإرادة غير مقيد بـــشرط يوافـــق بموجبه شخص على الإيجاب الذي تلقاه بالشروط الواردة فيه)

An acceptance is find and unqualified expression of assent to the terms of offer[٣]

ولان مجـــال بحثنا كما أسلفنا ليس هو الحديث عن الإيجاب والقبول عبـــر النظـــرية العامـــة للعقد . ولكن هو بالحديث عنهما في عقود

---

(١) يمكن مراجعة المادة ٩٨ مدني مصري والمادة ٩٩ مدني اردني والمادة ٨٨ من م . م . فلسطيني

(٢) فـــي هـــذا المعنـــى يمكن مراجعة ،د، عبد المنعم فرج الصدة مصادر الالتزام . في القانـــون المـــصري واللبناني ،بيروت ١٩٧١ ص ١٢٥ ،و د، انور سلطان ، مرجع سابق ،ص ٥١ ، استاذنا .د. احمد شرف الدين .

(3) Rojer Browns word . contract . law. Chapter . 2. freedom of contract . p.39

الإعـــداد ، فسوف نتطرق إلى شروط القبول بشكل عام ، ثم نبحث في في القبول في عقود الإعداد .

لـــذلك نقول انه يجب ان تتوفر في القبول بشكل عام الشروط العامة التـــي تـــتعلق بوجـــود الإرادة والتعبير عنها واتجاهها لإحداث اثر قانونـــي ، ويجـــب ان يصدر القبول في وقت يكون فيه الإيجاب ما زال قائمـــا وان يكـــون هذا القبول مطابق للإيجاب من كل وجه ، ويـــشترط أخيـــرا ان يـــصدر القبول في الشكل المطلوب ،فان كان الأصـــل ان القبول لا يخضع لأي شرط خاص ،الا ان الموجب اذا اشـــترط ان يصدر القبول في شكل معين ، فان هذا القبول لا يكون صـــحيحا اذا صـــدر بشكل اخر ، مثل ذلك ان يصدر القبول شفويا وكان الموجب قد اشترط صدوره مكتوبا.(١)

وبخـــصوص عقود الإعداد فلا شيء يختلف كثيرا في القبول فيها عنه في القبول في العقود الأخرى ، إلا ان القبول في هذه العقود في اغلـــب الأحـــيان يأخذ شكلا معينا تبعا لآلية التعاقد ، سواء كان في مجلس عقدي حقيقي او حكمي ،او كان عبر شبكة الانترنت ،او كان عبر المراسلات في البريد العادي او البريد الالكتروني ، او غيرها ، وهـــذا يعنـــي ان القـــبول لا يخـــتلف كثيرا في عقود الإعداد او المعلوماتـــية عنه في العقود الأخرى ، لذلك سنبحث وعبر فرعيين

---

(١) يمكـــن مـــراجعة المـــواد ٨٩،٩٤،٩٣، مدني مصري والمواد ١٠٠،٩٩،٩٨،٩٦من القانـــون المدنـــي الاردنـــي والمـــادة ٩٦ مدني سوري والمواد ٨٧،٨٦،٨٥، ٨٨مشروع فلسطيني .

متتاليـــين ما يمكن ان يثير مشاكل قانونية في قضية القبول في هذه العقـــود كالقبول الضمني والسكوت ومدى ملائمة اعتبارهما في هذه العقود .

الفرع الاول
القبول الضمني

لا تـــستبعد القواعد العامة في نظريه العقد ان ينعقد العقد في بعض الأحيان بالقبول الضمني، وهذا ما يمكن ان ينطبق على عقود الإعداد أيضا وفي هذا تنص المادة ٩٠ من القانون المدني المصري علـــى (١- التعبيـــر عـــن الاراده يكون باللفظ وبالكتابة والإشارة المـــتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا فـــي دلالـــتة على حقيقة المقصود ٢- ويجوز ان يكون التعبير عن الارده ضـــمنيا اذا لم ينص القانون او يتفق الطرفان على ان يكون صريحا) [١].

ولكـــن اذا كـــان القـــبول ضـــمنيا فمن الضروري ان يكون مطابقا للإيجاب وذلك تحقيقا للقواعد العامة في هذا المجال عبر إظهار ذلك للقابـــل دون اي إخفاء لأي شيء، ويقع عبئ إثبات القبول الضمني على من يدعيه وفي هذا يضرب البروفسور بنيامين رايت [٢] أستاذ

---

(١) تقابل المواد ٩٣ اردني والماده ٧٩ مشروع فلسطيني

(2) Benjamin Wrght .The Law of Electronic Commerce –EDI – Email & Internet – Technology Proof & Liability .2nd edition .Little Brown & company .New York2002.ch14.p.150

القانــون التجاري في جامعة تكساس في الولايات المتحدة الأمريكية المــثال التالي (اذا قام احد الأشخاص (مبرمج مثلا) بإعداد برنامج معين في شركة او بشكل فردي وقام بعمل دعاية عبر وسائل معينه عن توافر البرنامج وصفاته، فاعتبره احد الأشخاص ملائما له وقام باســتخدامه دون التفاوض او الاتفاق مع المبرمج فان هذا التصرف يعتبر قبولا ضمنيا ، وذلك لأنه قام باستخدامه ، واستعماله وممارسة كافة الأمور علية دون التعاقد الصريح فيكون مسئولا أمام المبرمج عــن دفــع البدل المناسب) اذا ان تنفيذ العقد او البدء بتنفيذه يعتبر قــبولا، لكــن نقول هنا انه حسب الدارج من الفقة والقضاء في هذا الــشأن فــيجب ان لا يــشوب التنفــيذ او البدء بالتنفيذ اي غموض كادعــاء احــدهم انه كان يجرب البرنامج اذا كان يصلح له او لا؟ وكــذلك اشتراك المستفيد من برنامج معين في إعداد دراسة سابقة علــى البــرنامج لا يعتبــر قبولا ضمنيا للعقد ويمكن ان يفسر انه مفاوضات او اشتراك بمفاوضات قبل التعاقد . على عكس ما اذا قام من هو موجه إليه الإيجاب بتنفيذ العقد او جزء منه ففي هذه الحالة نكــون أمام قبولا ضمنيا، وقيام طرف بدفع جزء من الثمن يعتبر كذلك قبولا ضمنيا .

ومــن الــشائع فــي عقود المعلوماتية ان يقد الثمن جزافا بحيث يتم خــلال مدة تنفيذ العقد إضافة تعديلات او خدمات أخرى تنشأ عبر متطلــبات أخــرى لم تكن في الحسبان ، او يطالب متعهد البرنامج بزيادة الثمن لظهور صعوبات لم تكن متوقعه فيبقى المستفيد صامتا

مـــع اســـتمراره بالتعاون والتعاطي مع المبرمج لذلك فان هذا يعتبر قبولا ضمنيا للزيادة في الثمن . [١] .

ويمكـــن تطبـــيق هذا الحكم على المستفيد سيء النية من باب أولى ،بحـــيث يعتبر تنفيذه جزء من العقد قبولا ضمنيا منه جزاء له على ســـوء نيـــته ، فمـــثلا لا يعتد بالعدول الصريح لإدارة شركة معينة (مـــستفيد) عـــن العقد اذا استمرت بالتعاون مع المبرمج (المتعهد) الذي نفذ جزء من عقد تركيب نظام حاسوب لهذه الشركة . [٢]

وفـــي الولايات المتحدة الأمريكية اعتبر قيام المشتري برفع الملـــصق الموضوع على قرص يحتوي على برنامج حاسوب معين قـــبولا ضـــمنيا مـــن هذا الشخص بالشراء لان هذا الملصق يسمح بتـــشغيل القرص ومن ثم استخدام البرنامج مع احتواءه على عبارة تقـــول : تنبـــيه (ان إزالتكم للملصق الموضوع على القرص يعني قـــبولكم شراء البرنامج بالشروط التي حددها المتعهد) (المبرمج) حيث كانت هذه العبارة موجودة على الملصق . [٣]

---

(١) المستشار فاروق الحفناوي .٠ موسوعة قانون الكمبيوتر ونظم المعلومات ج٢ مرجع سابق ص١٩يمكن مراجعة د. عزه خليل – رساله – القاهره مرجع سابق ص١٣٠ وما بعده

(٢) د. اسامة ابو الحسن مجاهد ، مرجع سابق ،ص ٩٠

(٣) د ، محمد حسام لطفي . الترخيص في مجال برامج الحاسب الالى ، ورقة مقدمة الى ندوة ال wipo عن الملكية الفكرية مقدمة الى طلاب الحقوق في الجامعة الاردنية . ٢٠،٢١ شباط عمان ٢٠٠٠ .

الفرع الثاني

مدى اعتبار السكوت قبولا في هذه العقود

لا ينسب الى ساكت قول ، ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان ، ويعتبر قبولا ، [١] وهذا يدل على ان السكوت لا يعتبر قبولا في الأصل الا في حالات استثنائية قد نص عليها القانون ، وقد تقرر ان السكوت لا يصلح ان يكون ايجابا لان الإيجاب يتضمن عرضا ، والعرض يجب ان يشمل طبيعة الصفقة وشروطها ، وهو ما لا يمكن للسكوت ان ينهض به . [٢]

الا ان السكوت يمكن ان يحتل في الحياة القانونية دورا مهما ، فقد يفقد الإنسان حقه في بعض الأحيان اذا التزم جانب الصمت خلال مدة معينة ، كما لو سكت شخص عن اغتصاب الغير لحقه فترة انقضى بموجبها حقه في رفع دعوى على الغاصب ، وفي حالات أخرى يمكن ان يعتبر السكوت جريمة ، وذلك اذا تطلب القانون الإفصاح كسكوت الطبيب عن الإبلاغ عن و وباء يهدد البلد اذا

---

(١) مادة ٦٧ من مجلة الاحكام العدلية، وهي تقابل المادة ٩٥ من القانون المدني الاردني ،وتشابه المادة ٩٨ من القانون المدني المصري ،وتقابل المادة ٨٣ من مشروع القانون المدني الفلسطيني .

(٢) ذهبت محكمة التمييز الاردنية الى ان مجرد سكوت باقي الشركاء في الارض عن الايجارة لا يكفي لاعتبارهم موافقين عليها اذ لا ينسب الى ساكت قول ، تميز .حقوق رقم ٧٧/١٦٣/ ص١٠٨٧ مجلة نقابة المحامين ١٩٧٧ س٢٥ ص٨٥٧ . وكذلك يمكن مراجعة د. انور سلطان ، مرجع سابق ، ص ٥٦ واستاذنا الدكتور احمد شرف الدين ، مرجع سابق ص ٧١ .

اكتشفه لدى مريضه ، [1] ويمكن ان يكون السكوت إقرارا في حالات أخرى ، كسكوت الخصم بدون سبب قانوني عن الرد على صحة دليل قدمه خصمه، ومن هنا قبل ان السكوت في معرض الحاجة بيان .

إلا أن السكوت أيضا وبموجب نصوص القانون يمكن ان يعتبر في بعض الحالات قبولا اذا اقترن بظرف ملابس ، وقد كان مشروع القانون المدني الفلسطيني أوضح في تعداد هذه الحالات وتبيانها من القانون المدني المصري والأردني حيث وفق في صياغتها حيث وردت الفقرة الثانية من المادة ٨٣منه ويعتبر السكوت قبولاً بوجه خاص:-

أ/ إذا نص القانون عن ذلك ؟

ب/ إذا كان هناك تعامل سابق واتصل الإيجاب بهذا التعامل وسكت من وجه إليه الإيجاب عن الرد ؟

ج/ إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه.

د/ إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف وغير ذلك عن الظروف تدل على أن الموجب لم ينتظر تصريحا بالقبول ولم يتم رفض الأيجاب في وقت مناسب[2]

وبتطبيق هذه البنود على عقود المعلوماتية يتضح لنا أن أبرز ما تتجلى فيه هذه النقاط في قضية وجود تعامل سابق ما بين مورد

---

(١) د. عباس العبودي ، مرجع سابق ، ص ١٣٦

(٢) يمكن مراجعه المواد ٩٨ مدني مصري والمواد ٩٥ مدني أردني ومقارنتها .

وبين مستهلك فإذا وجد مثل هذا التعامل وصدر إيجاب لإبرام عقد جديد وسكت القابل عن الجواب يعد سكوته قبولاً[1]ولكن لا يجوز أن تعتبر المفاوضات العقدية من قبيل التعامل السابق[2] وعليه إذا وجه أحد المتعاقدين إيجاباً الى الطرف الآخر بعد المفاوضات وسكوت الأخير لا يعتبر سكوته قبولاً و نجد أن المحكمة العليا البريطانية قد رفضت حتى اعتبار السكوت ملابسا ودالا على التعاقد في مجال الالكترونيات حتى في ظل وجود تعامل سابق وذلك عبر قضية تتخلص أحداثها في أن شركة Boat قد اعتادت عن التوسط بين شركتيAdope وInfornix للبرمجيات حيث قامت شركة Boat بطلب CD لصالح شركة A dope وقامت شركة Informix بإرساله من دون أن تعبر عن إرادتها في قبول أو رفض ذلك وقامت شركة Boat بنسخ هذه الـ CD على مواقع شركة A dope على الانترنت مع سكوت الأخيرة فرفض القضاء الإنجليزي اعتبار أن هناك عقد أساسا وحمل الشركة الوسيطة Boat المسؤولية عن ذلك [3] ولا يفوتنا التذكير أن التعامل السابق يجب أن يكون من نوع العقد ذاته ، فلا يكون توريد بدلا من إيجار أو بيعاً ويكون الحديث على عقد توريد، فمثلا إن عرض المتعهد برنامجاً

---

(١) د/ أيمن العشماوي /المسؤولية المدينة عن المعلومات /دار النهضة العربية القاهرة ٢٠٠٤ ص١١٤ وما بعدها .

(٢) المستشار فاروق الخفناوي مرجع سابق ص ٣٨ ويمكن مراجعة د/محمد حسام لطفي المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض القاهرة دار النهضة العربية ١٩٩٩ ص٥ وما بعدها .

(3) FSR 1995 -686 scoott Ba 1996 4 auer 481 CA – حكم أشار إليه Lilian Edward PR .p5.

على المستفيد لغرض شرائه وسكت الأخير لا يعد سكوته قبولا، إن كان التعامل السابق عقد إيجار، حتى لو أرسل له مع البرنامج ما يفيد [أن هذا الإيجاب أعتبرك قد قبلته ما لم أتلق منك ما يفيد غير ذلك لغاية يوم أو تاريخ محدد] فإن التزم المخاطب بذلك الصمت ولم يبلغ الموجب (البائع) بقبوله أو رفضه فلا ينعقد العقد في هذه الحالة[١]

وعلى عكس ذلك يقال في هذا الصدد إن عرض المتعهد على المستفيد إجراء إضافات أو تعديلات على نظام المعلوماتية الذي اتفقوا عليه مسبقاً وسكت المستفيد فإن سكوته في هذه الحالة يعتبر قبولاً،استنادا الى وجود تعامل سابق لا يزالان يعملان في تفاصيله، ومن البديهي القول في هذه الحالة أنه إذا عرض عليه شراء برنامج متطور عن الذي اشتراه منه مسبقا وسكت يعتبر سكوته قبولا[٢] .

ويمكن أن تثور مشكلة تقنيه هنا تتعلق بخصوصية التعاقد عن برامج معلوماتية حيث أنها تتطلب بقاء الطرفين على اتصال قوي أثناء فترة تنفيذ العقد وذلك تبعاً لطبيعة هذه العقود وذلك لأن تعاونهم

---

(2) د/ عباس العبودي مرجع سابق ص١٣٨ وقد أشار إلى مقوله شهيره للقاضي الإنجليزي Brian بقوله [إنه من الواضح أن قصد الرجال لا يمكن محاكمته لأن الشيطان نفسه لا يمكنه معرفة قصد الرجال .

For is Common learning That The intent of a men Can not bre tried for The Devil himself know the intention

(١) أحمد الفزيع – عقد الحصول على أنظمة الحاسبات الالكترونية بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن جامعة الكويت العدد الثاني ١٩٩٥.

أثناء فترة التنفيذ ملزما وألا تعذر إتمام التنفيذ على الوجه الأكمل[١] فإذا أرسل أحدهما خلال هذه الفترة رسالة توضيح مثلا ولم يرد الآخر فمعنى ذلك أنه قد وجدها لا تضر بمصالحه و إلا كان عليه الرد عليها خاصة وأن التنفيذ في عقود المعلوماتية قابل للتغيير بمرور الوقت لذلك يمكن أن يعتبر سكوته عن الرد قبولاً في هذه الحالة[٢] ففي قضية نظرتها محكمة إستئناف باريس طالب فيها المستفيد المتعهد أن يسلم المعدات موضوع العقد خلال سبعة أيام ، اعتبرت المحكمة سكوت المتعهد قبولاً لهذا الطلب، حيث قالت المحكمة أن سكوت المتعهد على هذا الطلب دون أن يضع تحفظا على الأيام السبعة المحددة من قبل المستفيد يعتبر قبولاً لتاريخ تسليم المعدات[٣].

أما بالنسبة لكون الإيجاب قد تمخض لمنفعة من وجه إليه، فيجب الحذر في عقود المعلوماتية حتى هذا التوجه لأن المتعهد قادر جداً تقنياً وفنياً بالنسبة للمستفيد فمن الشائع أن يعرض المتعهد على أحد زبائنه برنامجاً أكثر كفاءة حتى بدون مقابل، فإن لم يجيب الزبون

---

(١) يمكـــن مراجعة العقود النموذجية في هذا المجال سواء في أمريكا أو إنجليز أو فرنسا والتـــي تحـــتوي على شروط توجب بقاء التعاون والاتصال طيلة فترة التنفيذ ولوقت أخر بعد إتمام العملية أنظر النموذج رقم ١٧ – اتفاقية تنفيذ نظام معلوماتي متكامل – عقود النظم والأجهزة – حفناوي مرجع سابق .

(٢) د/ جمـــال عبد الرحمن / الخطأ في مجال المعلوماتية ط٢، ٢٠٠٣ من غير دارنشر ص٢وما بعدها .

(٣) نقلا عن عباس العبودي مرجع سابق ص٢٠٠ رقم القضية

ca Paris 5°،ch-A,20 Mars 1995 Lamsy –inf –op-citn885-P-587 .

على هذا العرض يكون سكوته قبولاً طبقا للقواعد العامه، لكن في حقيقة الأمر فإن الزبون يكون قد استفاد مؤقتاً أو شكلياً فقط لأن المتعهد يكون في أغلب الحالات قد أحتكر تجهيز برامج زبونه مستقبلاً عن طريق تقنيات معينة وذلك عن طريق حاجة البرنامج المجاني الى برنامج جديد مرتبط، به لكنه ليس بالمجان، مما يجبر المستفيد على شرائه معرضاً نفسه الى خسارة وخصوصاً إذا كان البرنامج الذي يريده لا يعمل إلا على البرنامج الذي أخذه مجانا ولذلك يقال أن هذه المسألة تخضع للسلطة التقديرية للقاضي[1] فقضية مصلحة الزبون في هذه العقود لا يكفي فيها إلا رأي أهل الخبرة في هذا المجال وليس فقط عروض الشركات المبرمجة المغرية.

ونشير أخيرا إلى أن القبول الضمني عن طريق السكوت يجب أن لا يؤثر سلبياً على أحد أطراف العقد كان يكون السكوت طريقاً إلى التدليس وليس قبولاً صحيحاً فيترتب على ذلك بطلان العقد أو الحق في بطلانه وقد أكد على ذلك القانون المدني المصري في الفقرة الثانية من المادة ١٢٥ بقولها

[ويعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسه إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لوعلم بتلك الواقعة وهذه الملابسة[2]]

---

(١) فـــي هـــذا المعنـــى يمكن مراجع د/ خالد مصطفي فهمي – مرجع سابق ص٦ وما بعدها.

(١) تقابل المواد ١٤٤ مدني أو أدري والمادة ١٢٩ مشروع مدني فلسطيني .

المبحث الثاني
صحة التراضي

اتـــضح لنا مما سبق أن المبادئ القانونية العامة قد استقرت مدعمه بنصوص القوانين المدينة على وجوب توافق وتطابق إرادات الأطـــراف المـــتعاقدة وذلك لتمام إبرام العقد، ولذلك نقول إن توافر الرضـــا هـــو مرحله من مراحل إبرام العقد فإذا تم حسب ما يتطلبه القانـــون كان التراضي صحيحا وتمتع العقد بقوة القانون بما يترتب على كل طرف من حقوق والتزامات[1] .

وقـــد تتأثـــر القـــوة الملـــزمة للعقـــد بعيوب الإرادة التي حصرتها التـــشريعات المدينة في أربعة أو ثلاثة عيوب[2] تتخلص في الغلط والإكـــراه و التغريـــر " التدلـــيس" والاستغلال وحسناً فعل المشرع الفلـــسطيني فـــي مـــشروع القانـــون المدنـــي الجديد عندما أضاف الاســـتغلال كعـــيب فـــي عيوب الإرادة مخالفاً بذلك القانون المدني الأردنـــي الذي أختصر موضوع عيوب الإرادة في الغلط والتغرير المقترن بغبن فاحش وبالإكراه .

---

(١) د. أنـــور سلطان مرجع سابق ص٤٩ وما بعدها والمذكرات الايضاحة للقانون المدني الأردني الجزء الأول ص٩٥ كذلك يمكن مراجعه أستاذنا الدكتور شرف الدين نظرية الالتزام مرجع سابق ص٧٣ وما بعدها .

(٢) يمكـــن مـــراجعة المادة ١٢٥ مدني مصري والمادة ١١٥٩ وما بعدها مدني فرسني والمـــادة ١٠٤ مـــن القانون المدني السوري والمادة ١٢٢ أردني ١٣٧ من مشروع القانون المدني الفلسطيني .

وقياساً على عقود المعلوماتية فإن نظام هذه العقود ينطوي على مصاعب فنية جمة ، فأطراف هذه العقود في الغالب يكونوا في وضع غير متوازن من ناحية التقنية والخبرة الفنية، حيث أن كثيرا من المتعاقدين لا يمكنهم الإلمام بالخبرات العملية والفنية لما تعاقدوا عليه مما يؤدي إلي أحداث بعض المشكلات التي من الممكن أن تعيب الرضا لعدم قدره أطراف العقد ملائمة إراداتهم، خصوصاً وأن أراده المبرمج هي أساس العقد بالنسبة للعميل فيجب عليه تحديد أساسيات البرنامج المتفق عليه، مثل إمكانياته، لغته،طرق التشغيل، قدراته، المشكلات الفنية التي من الممكن أن تواجه العميل[1] لذلك يجب على المبرمج محاولة تبسيط هذه الأمور وشرحها للعميل بالصورة التي يستوعبها، لا بل وعلى العميل لكي يحافظ على مصلحته استشاره خبير دائما في مثل هذه الأمور إن كانت ثقافته لا تسمح له بهضمها ومن هنا تبرز أهمية المفاوضات ما قبل العقدية في هذه العقود فهي تمنح الوقت لكي يفهم كل طرف ما يريده وهي تعطي الحق بفهم تفاصيل أدق دائما، لا بل عن الممكن أن تحمل في طياتها تجربة مبسطة لنماذج سيتم التعاقد عليها وهي وهي أفضل طريقة للتعاقد على البرمجيات لأن المفاوضات إذا فشلت فلا مسئولية يؤدي على عكس الخلافات التي تنشأ بعد التعاقد ويكون من الصعب إيجاد مخرج قانوني يعيد للأطراف بعض التوازن في العقد

---

(١) د/ جمال عبدالرحمن علي : الخطأ في مجال المعلوماتية ، ج٢ ، مطبعة كلية علوم بني سويف ، ٢٠٠٣،ص ٦٦ وما بعدها .

ومـــن هنا تكمن أهمية تطبيق القواعد العامة الخاصة بعيوب الإرادة على هذه العقود في محاولة لإقامة التوازن بين أطراف العقد .

ولأن عيب الاستغلال يصعب من الناحية العملية وجوده في مثل هذه العقود انطلاقا من أن العلة من وجوده في أغلب التشريعات كانـــت لحمايـــة القاصرين ومن هم في حكمهم ممن يقعون ضحية طيش أو ضعف ...الخ .

وهذا صعب الحدوث في عقود المعلوماتية لأن أطراف العقد الغالـــب علـــى قـــدر مـــن الثقافة والعلم لا بل في أغلب الحالات يـــسترشدون بآراء خبراء هذا المجال، ولأننا سنبحث في هذا العيب عـــند حديثنا في حقوق الملكية الفكرية في المبحث الثاني من الفصل الأول مـــن الـــباب الثاني من هذه الدراسة، لذلك ستقتصر في بحثنا لهـــذه العـــيوب على ثلاثة منها وهي الغلط والتغرير والإكراه في مطلـــب أول، ثـــم نـــبحث فـــي أثر هذه العيوب على عقود إعداد البرنامج في مطلب ثاني .

المطلب الأول
عيوب الإرادة في عقود الإعداد

إن التوافق والتطابق في أراده الإطراف لابد أن تواجهه صعوبات تنجم في أغلب الأحيان عن تعقيد وتقنية محل العقد ، هذا بالإضافة إلى حداثة موضوعات التعاقد في مجال عقود المعلوماتية[1] بحث ليس من السهولة بمكان إلمام طرف من أطراف العقد باللغة الفنية للبرنامج وكيفية الحوار والتخاطب مع المبرمج، ففي الغالب تحتوي هذه العقود على أمور لا يفهمها إلا من قضي فترة في مجال البرمجة .....الخ

على الرغم من هذه الصعوبات في المحل والتراضي يبقي العقد شريعة المتعاقدين، وتبقي هناك التزامات على الإطراف تنفيذها بكافة بنودها انطلاقا من مبدأ سلطان الإرادة وقيام التشريعات المدنية المقارنة علي شتى اختلافها بتبنيه وقد رتبت التشريعات المدنية على هذه المبادئ عيوب من شأنها أن تؤثر على الإرادة وأوردتها على سبيل الحصر في ثلاثة أو أربعة عيوب كما سبق وأسلفنا، إلا أن الأنظمة والحكومات والفقه القانوني وانطلاقاً من التقدم الكبير وسيطرة الشركات الكبرى عادت فخفضت من مبدأ سلطان الإرادة لتحمي المتعاقد الأقل خبره أو قدره اقتصادية أو فنية أو قانونية إذا كان في مواجهة عملاق من عمالقة البرمجة مثلاً أو الأجهزة..... الخ كل ذلك حماية للمستهلك ومنعاً للتعسف وسنرى

---

(١) د/ حسن عبد الباسط جميعي – عقود برامج الحاسب الآلي – دار النهضة العربية – القاهرة ١٩٩٨ ص١٢٦ وما بعدها .

ذلك جلياً في الفصول القادمة من هذه الدراسة[1] وخصوصا أن هناك التزامات غير معروفة في الفقة التلقيدى تقع على عاتق الطرف القوي وهو البائع أو المبرمج في هذا المجال توسع من باب إعمال عيوب الإرادة في نقض هذه العقود إن لم يقم بها كالالتزام بالنصيحة والأعلام ..... وهذا أيضا مما سنبحثه لاحقاً[2]

الفرع الأول
الغلط [المعيب والمانع]

تـــنص المادة ١٢٠ من القانون المدني المصري في تحديدها للمقـــصود بالغلط بقولها (إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له أن يطلـــب إبطال العقد، إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط أو كان على علم به، أو كان من السهل عليه أن يتبينه)[3]

---

(١) فـــي هـــذا المعني يمكن مراجعة د. ثروت عبد الحميد – التوثيق الالكتروني – مكتبة الجلاء – المنصورة ٢٠٠٢ ص١٨ وما بعدها ، محمد حسام لطفي – استخدام وسائل الاتصال الحديثة التفاوض على العقود وإبرامها – القاهرة من غير دار النشر ١٩٩٣ ص٢٤-٤٩ ود. محمـــد حـــسن قاسم – التعاقد عن بعد – قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوربي دار الجامعة الجديدة للنشر – الإسكندرية -٢٠٠٥ ص٥٥-٧٠ ود/ عادل أبو هشيمه مرجع سابق ص١١٣-١٣٢ .

(٢) د/ محمد حسن منصور – المسئولية الالكتروني – مرجع سابق ص٩٧ ما بعدها ود/ عـــادل أبـــو هشيمة مرجع سابق ص٢٠٠-٢١٠ ود/ عزة خليل – رسالة – القاهرة مرجع سابق ص١١٧-١٤٧ .

(٣) تقابـــل المواد ١٥٢ أو ١٥٣ من القانون المدني الأردني في المواد ١٢٣أو ١٢٤ من مشروع القانون المدني الفلسطيني .

وقد حاول الفقهاء إيجاد تعريف للغلط فقالوا بأنه [توهم غير الواقع أو هـــو وهم يقوم في ذهن المتعاقد يحمله على اعتقاد غير الواقع] ويمكن أن ينجم عن هذا التوهم منع قيام العقد[1] وهذا ما يطلق عليه الغلـــط المانـــع ويعتبـــر غلطا مانعاً من الانعقاد أو أن يكون غلطاً جوهري في المحل أو في الشخص مثلا فيكون غلطا معيباً من شأنه مـــنح الحق لمن وقع فيه بطلب إبطال العقد أو ما يعرف بحق الفسخ فـــي القانـــون المدني الأردني وسنتحدث عن نوعي الغلط فيما يلي وتأثيرهما على عقود الإعداد .

أولا / الغلط المانع :-

نصت المادة ١٥٢ مدني أردني على أنه [إذا وقع الغلط في ماهية العقـــد أو في شرط من شروط الانعقاد أو في المحل بطل العقد] [2] وبقراءة سريعة لهذه المادة نستظهر أن الغلط هنا قد بلغ من الجسامة بأن مس ماهية العقد كعدم مطابقة الإيجاب للقبول وذلك قبل اعتقاد مـــن اشترى برنامج حاسب معين بأن له حق الاستغلال عليه، بينما اعـــتقد البائع أن للمشتري حق استعماله فقط، فأي تطابق للإرادات هنا، مما يعني بالضرورة عدم توافر الرضا وبالتالي بطلان العقد.

---

(١) د/ عدنان سرحان ود/ نوري فاطر – شرح القانون المدني الأردني ، مصادر الحقوق الشخـصية (التـزامات) اربـد ١٩٩٧ ، ص ١٣١ – ١٦٠ ود/ أحمد شرف الدين، مرجع سابق ص١٤٨ .

(٢) تقابـــل المادة ١٢٢ مدني سوري والمادة ١٢٢ مشروع فلسطيني ولم نجد نص مقارناً في القانون المدني المصري .

وكذلك يمكن أن يأتي الغلط المانع نتيجة لغياب السبب كركن من أركان العقد كعدم وجود مقابل في العقد الملزم للجانبين، ففي قضية عرضت على القضاء الفرنسي طلب المستفيد من شركة خدمات برامج الحاسب الآلي " المتعهد" تزويده كل شهر بنظام إلكتروني قادر على تحديد أرقام السيارات الداخلة والخارجية من وإلى الشركة في مقابل مبلغ ثلاثمائة فرنك، وقام المتعهد بتنفيذ الطلب، غير أن المتعاقدين لم يوضحا هل المبلغ المذكور في العقد إجمالي لكل الصفقة، أم عن كل جهاز يقدمه المتعهد إلى المستفيد، وقد قام المتعهد بإرسال رسائل عدة يطالب المستفيد فيها بدفع مبالغ أعلى من المبلغ السابق، حيث بلغت المطالبات خمسة وسبعين ألف فرنك، وقد رفض المستفيد دفع المبلغ رأت محكمة إستئناف باريس أن هناك سوء تفاهم بين أطراف العقد أصلاً وهو نوع من الغلط المانع الذي لا يلزم المستفيد بدفع أي مبلغ لأن العقد باطل[١]

وقد جاء هذا الحكم تماشياً مع موقف الفقه الفرنسي الذي يقسم الغلط إلى ثلاثة أنواع، غلط مانع وغلط يعيب الرضا وغلط غير مؤثر[٢] فقد اعتبرت المحكمة هنا أن هذا الغلط هو غلط مانع ينفي وجود اتفاق أساساً .

---

(١) ca Paris 14° ch .A,mai 1984, juris – Data n°، 22457 ورد الحكم في كتاب د/ نوري خاطر – مرجع سابق ص٣٢

(٢) فرانسو تيريه القانون المدني (الالتزامات) ط٧ (دالوز) ١٩٩٩ بنو ٢٠١ ص٦٩ نقلا عن أستاذنا ود/ شرف الدين – مصادر الالتزام مرجع سابق ص١٤٩

ويجـــب تحـــري الدقة في وجود الغلط المانع بالنسبة لعقود الإعداد وكذلك عدم التعسف في إعماله وخصوصا بالنسبة للغلط في وجود المحـــل فالفقهاء على أن الغلط بالنسبة للمحل يتوجب أن يكون عدم وجوده مقترناً بتوهم وجوده فيكون الغلط مانعاً من الانعقاد[١]

ثانياً : الغلط المعيب :-

إذا كان ما يترتب على الغلط المانع هو بطلان العقد واعتباره كان لم يكن، فإن الغلط المعيب يجعل العقد قابلاً للإبطال في القانون المدنـــي المـــصري والفرنسي ومشروع القانون المدني الفلسطيني، وغيـــر لازم فـــي القانون المدني الأردني[٢] وكل ذلك وفق شروط ومعاييـــر تحـــدثت عنها هذه القوانين سنبحثها تطبيقاً على الغلط في عقود الإعداد فيما يلي :-

فـــي البدء نقول إن هذا النوع من الغلط هو الشائع والغالب في أغلـــب العقود وهو كما عرفه الفقهاء [اعتقاد خاطئ يقوم في ذهن المـــتعاقد فيصور له أمراً على خلاف الحقيقة ويدفعه إلى التعاقد][٣] وهـــو يمكـــن أن يلحـــق طبـــيعة العقد أو صفات المحل أو شخص المتعاقد .

---

(١) د. إســماعيل غانم – محاضرات في النظرية العامة للحق ط٣ – القاهرة ١٩٦٦ من غير دار نشر .

(٢) يمكـــن مـــراجعة المـــواد ١٢٠ مدني مصري و١١١٠ مدني فرنسي و١٢٣ مشروع فلسطيني و١٥٣أو١٥٤ مدني أردني.

(٣) أستاذنا الدكتور – أحمد شرف الدين – مرجع سابق ص١٤٢ ود/ أنور سلطان مرجع سابق ص١٠٠-١٠٥ .

لـــذلك فهو يقع في أمر جوهري مرغوب فيه في محل العقد أو فـــي ذات المتعاقد أو صفه فيه بحيث لا يقوم رضاء المتعاقد بدونه أي لـــو لـــم يقـــع فـــي هذا الغلط لما أقدم على التعاقد، وقد اشترط المـــشرع المصري في المادة ١٢١ من القانون المدني أن يكون هذا الغلـــط جوهـــرياً موضحاً الجوهرية ببلوغها حدا من الجسامة يمتنع معهـــا الـــتعاقد لـــو علم بها من تعاقد[١] ، بالإضافة إلي اتصاله بعلم المـــتعاقد الآخـــر ولا نريد أن نخوض بفكره الغلط مجرداً لأن كتب الفقـــه قـــد أشـــبعته بحـــثاً ولكنـــنا سنبحث الغلط المعيب في عقود المعلوماتـــية وتطبيقاته منطلقين من تحديد القانون المدني المصري فـــي المادة ٢/١٢١ حيث قال ويعتبر من قبيل الغلط الجوهري على الأخص :-

(أ) إذا وقع في صفه للشيء تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين ...الخ

(ب) إذا وقـــع فـــي ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته وكانت هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد .

ولـــو أمعـــنا النظـــر لـــوجدنا أن المشرع المصري والأردني والفلـــسطيني ... الـــخ كلهم قد أخذوا بمعيار شخصي لتقدير الغلط وهـــذا من شأنه أن يوسع في الحماية للمتعاقد قليل الخبرة في عقود المعلوماتـــية[٢] شـــرط أن يكون الغلط الذي وقع فيه من قبيل الغلط

---

(١) المادة ١٢١ الفقرة الثانية في القانون المدني المصري المواد ١٥٢-١٥٣ مدني أردني والمادة ١٢٣ مشروع فلسطيني وتقبل المادة ١١١٠ مدني فرنسي .

(٢) يمكن مراجعه د/ حسن جميعي - مرجع سابق ص١١٣ ، ١٣٤ .

المغتفـــر الذي من الممكن أن يقع فيه أقرانه، وقياس ذلك على نظام المعلوماتية يخدم أيضا الشخص العادي وليس الخبير فالاحتراف هنا دلـــيلاً علـــى الخبرة وخطأ شركة برمجيات لا يغتفر فهو غلط ينجم عـــن خبير في مجال تخصصه[1] ولكن ذلك لا يعني بالضرورة أن عدم خبرة العميل أو احترافه يعتبر دوماً من عناصر اقتناع القاضي بوقـــوعه فـــي غلـــط مغتفر في التعاقد وذلك حرصاً على استقرار المعـــاملات ثـــم أنـــه لا يجوز اعتبار عدم الخبرة من أسباب نقص الأهلية بدون نص في القانون[2]

وبتطبيق صور الغلط المعيب علي براج الحاسب الآلي يتضح لنا ما يلي :-

أولاً : بالنسبة للغلط الذي يلحق محل العقد أو صفة من صفاته، فإن توفـــر الغلـــط فـــي صـــفة من صفات البرنامج يعتبر غلطاً جوهرياً ويؤدي إلى عدم الاستفادة من البرنامج، وهي أغلب الحـــالات التي ينتج عنها الاختلاف فيما بين الإطراف وذلك

---

(١) يأخذ القضاء الفرنسي بهذا التوجه ومن الامثلة على ذلك ما قضت به محكمة إستئناف بـــاريس بخصوص طلب شركة سيجا للبرمجة إبطال أحد عقودها لوقوعها في غلط جوهـــري في محل العقد فقالت المحكمة [الادعاء ببطلان العقد استنادا إلى الغلط في محـــل الـــتعاقد لا يمكن أن يكون قائم علي أساس صحيح طالما أخذنا بعين الاعتبار صـــفة الاحتـــراف المتوفـــرة في مجال التعاقد على برامج الحاسب والنظم المتعلقة بالحاسبات لدي الشركة المستأنفة]

Paris4 jain 1981, Jur isdata .Wo23481,Expertises No 31 Jaillet 1981.plo.ets

(٢) د/ ميـــرفت عبد العال / عقد المشورة في مجال نظم المعلومات ، رسالة عين شمس ١٩٩٧ ص٦٦ وما بعدها د. جمال علي ، مرجع سابق ص٤٩ وما بعدها .

لدقـــة وتقنـــية المتعاقد عليه ودقة المواصفات المتعاقد عليها والتـــي لا تـــسمح قدرات أحد أطراف العقد بفهمها جيداً في أغلـــب الأحيان وذلك لأمور يمكن أن تتعلق بملائمة الجهاز للبرنامج أو عدم ملاءمته أو سعة الجهاز أو أن البرنامج غير مخـــصص لأجهـــزة كالتي لدي العميل أو لعدم قدرة العميل على تشغيل البرامج بالشكل المطلوب .

وأهـــم مـــا يواجه العميل هنا بعد حقه في التمسك بالغلط هو صـــعوبة إثبات هذا الغلط الذي وقع فيه انطلاقا من المفاوضات ما قبل العقدية والعقد الذي وقعه وعدم قدره البرنامج على تلبيه حاجته ومن ثم عدم تعاقده لو كان بعلم بهذه الأمور أي أن عدم التعاقد كان سيد الموقف لو أنه لم يقع في الخطأ ويكون من حق الطرف الآخر المـــورد الطعـــن في ذلك عبر إثبات عدم قدرة أجهزة العميل على اســـتيعاب البـــرنامج مثلا لتخلفها التكنولوجي ويبقي الأمر منوطا بقاضـــي الموضـــوع فـــي ظل غياب نص طالما أن الشركة قامت بواجبها بالإعلام والفحص وبمنتهى حسن النية.

ولا يفوتـــنا القول أنه طبقاً للقانون المدني المصري ومشروع القانـــون المدني الفلسطيني فان من وقع في مثل هذا الغلط يكون له الحـــق بالمطالبة بأبطال العقد أما في القانون المدني الأردني فحكم الغلط المعيب أن العقد يكون صحيحا ونافذ ولكنه غير لازم أي قابل للفسخ من قبل الطرف الذي وقع في غلط معيب[1]

---

(١) م. ١٥٣ مدني أردني [للعاقد فسخ العقد إذا وقع منه غلط في أمر مرغوب كصفة في المحل أو ذات المتعاقد الآخر أو صفه فيه] .

أمـــا إذا وقـــع الغلط في ذات البرنامج (أي المحل نفسه) أو نوعه وهـــو شيء نادر الحدوث في الحياة المعلوماتية فان هذا الغلط يعتبر بـــه العقـــد مـــنعدماً لأن في قبيل الغلط المانع وذلك تطبيقا لأحكام القوانين الشائعة في الغلط .

ثانيا : بالنـــسبة للغلط في شخص المتعاقد أو في صفه من صفاته فيعتبـــر كذلك من الأسباب الجوهرية التي تبيح لمن وقع فيها طلب إبطال العقد في القانون المصري والمشروع الفلسطيني والحـــق في فسخ العقد في القانون الأردني فلو تعاقد شخص مـــع آخـــر عـــن أنه خبير وذو كفاءة عالية في إدارة نظام المعلـــومات " البـــرنامج " وتبين له فيما بعد عكس ذلك جاز لهـــذا المتعاقد المطالبة بأبطال العقد " فسخه" لوقوعه بالغلط شرط أن يكون الطرف الآخر " الخبير" على بينة بأن خبرته مـــرغوب فيها وجوهرية ودافعاً لمتعاقد الآخر للتعاقد معه[1] ويـــورد الفقه مثالاً آخر في هذا المجال فيقول إذا لجأ العميل الـــذي يملـــك برامج معلوماتية معينة إلى مستشار أو شركة صـــيانة واضـــعاً فـــي اعتـــباره خبره هذه الشركة أو هذا المستـــشار وقدرتهما الفنية بوصفها جهات محترفه في تقديم هذه الخدمات للزبائن فإذا ثبت بعد التعاقد أن هذه الجهات لا تتوافر بها الخبرة والكفاءة فان ذلك يعتبر من قبيل الغلط في

---

(١) في هذا المعنى د/ محمد حسام لطفي عقود خدمات المعلومات مرجع سابق ص٤٩-٥٥ .

شخص المتعاقد الذي يتيح للعميل التمسك بأبطال العقد[1] أو الحق أن فسخه حسب القانون الأردني ونضيف ما قلناه سابقاً من شرط أن تكون هذه الجهة على بينة أن صفتها هذه هي التي دفعت الزبون " العميل" إلى التعاقد معها .

ثالثا: بالنسبة للغلط الواقع في طبيعة العقد فهو من الأمور الشائعة في مجال عقود الإعداد وذلك لأنه لغاية الآن لم يتم تحديد طبيعة هذه العقود بشكل قاطع وهي مازالت تصنف تارة بيعاً وتارة أخرى وكالة وتارة ثالثة عقود ترخيص باستعمال ومرة رابعة تعتبر من عقود براءة الاختراع حتى هذه هناك جانب من الفقه يرفضها معتبراً أنها تتدرج تحت تصنيف حقوق ملكية المؤلف [2]

وأن الغلط في فهم طبيعة العقد يؤدي غالباً إلى الحق في طلب الإبطال أو الفسخ وذلك لأن المثال الشائع هنا أن من يبيع برنامج إلى مستخدم يكون دوما في اعتقاده أنه باعه حق استعمال هذا البرنامج وليس استغلاله والتصرف فيه ، فإذا فهم المتعاقد الآخر المستخدم أن هذا عقد بيع له استغلاله والتصرف فيه كما يشاء وكان في فهم المورد أو المنتج أنه إنما يتنازل عن حق الاستعمال أو ما هو إلا ترخيص بالاستعمال ، جاز لكليهما طلب

---

(١) د/ حسن جميعي /مرجع سابق ص١٤٤ .

(٢) د/ شحاده غريب / برامج الحاسب الآلي والقانون – دار النهضة العربية القاهرة ٢٠٠٣، ص١٩ وما بعدها ويمكن مراجعة د/ عادل أبو هشيمة / عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص مرجع سابق، ص٢٧ وما بعدها .

إبطـــال العقـــد لأن هـــذا الغلط يعتبر جوهرياً بالنسبة للتعاقد الذي حصل.

وهـــناك رأي في الفقه يقول أنه إذا لم يتم تحديد طبيعة عقد الإعـــداد فإنه يعتبر عقد ترخيص باستعمال البرنامج فقط وذلك لأن الاتفـــاق الـــذي تم إبرامه بالمواصفات المدرجة كان يخضع لأحكام عقـــد المقاولـــة وليس البيع وأي تصرف خارج نطـــاق الاستعمال يؤدي إلى المســـاس بحقـــوق (المنتـــج) المبرمج الأدبية والمالية [1]

وخلاصـــة القول في هذا المجال أن مهما كان مصدر العيب فـــي الغلـــط المعيب فإنه يكون لمن وقع فيه الحق في طلب الفسخ بالنـــسبة للقانـــون الأردني والحق في الإبطال في القانون المصري والفرنسي ومشروع القانون المدني الفلسطيني .

(الفرع الثاني)

التغرير "التدليس" مع الغبن الفاحش

التغريـــر هو كل حيلة يستخدمها الشخص لإيهام الغير[2] ، والتغرير كما يعرفه القانون هو أن يخدع أحد العاقدين الآخر بوسائل احتيالية، قولية أو فعلية تحمله على الرضا ، بما لم يكن ليرضى به بغيرها [3] ، فهـــو إيهام يصدر من أحد المتعاقدين في لحظة إبرام العقد أو في

---

(١) د/ عـــادل أبو هشيمة مرجع سابق ص٣٠ وكذلك يمكن الرجوع إلى د/ حسام لطيف مرجع سابق ، ص٢١٣ و د/ محمد حسين منصور مرجع سابق ص٢٣٩ وما بعدها.

(٢) المذكـــرات الإيـــضاحية للقانون المدني الأردني فيما يتعلق بالتغرير مع الغبن ، ج١، المكتب الفني /٢٠٠٠ ص ١٤٦ .

(٣) م.١٤٣ مدنـــي أردنـــي ، تقابـــل المـــادة ١٢٥ مدني مصري والمادة ١٢٨ مشروع فلسطيني .

لحظة سابقة عليه ، يؤدي إلى وقوع المتعاقد الآخر في غلط ، يدفعه هـذا الغلط إلى التعاقد [1] ، ويتضح أن التغرير "التدليس" ما هو إلا السبب للوقوع في غلط وهو الذي يدفع إلى إبرام العقد أي باختصار هـو النتـيجة لاتخاذ ظروف أو وسائل عن خلاف الحقيقة والواقع وهي من الجسامة بمكان بحيث تدفع أحد الأطراف إلى التعاقد [2] .

هـذا وقـد بيـنت مبادئ العقود التجارية الدولية مفهوم التدليس في المادة ٨/٣ والتي تنص على (يجوز للطرف أن يبطل العقد إذا كان قد دفع إلى إبرامه بناء على ادعاءات أو أعمال احتيالية من الطرف الآخـر ، وتـشمل اللغـة والممارسـات أو الإخفاء غير المشروع لظـروف يجـب علـيه إعلانها وفقاً للمستويات التجارية المعقولة للتعامل العادل) [3] .

وفي هذا السياق يجب التميز بين التغرير "التدليس" والغلط ، لأن التدليس هو عيب عام والغلط عيب خاص ، حيث أن المتضرر

---

(١) د/ حسام الدين الأهواني ــ نظرية الإلتزام ــ ج١ ــ المصادر الإرادية ــ ط٣ ــ دار النهـضة العـربية ــ القاهـرة ٢٠٠٠ ص٢٠٧ وكـذلك يمكـن مـراجعة أستاذنا الدكتور/شرف الدين ــ نظرية الإلتزام مرجع سابق ص١٧٥ وما بعدها .

(٢) الـسنهوري – الوسيط ج١ مرجع سابق ص٤٢٠ ــ وكذلك يمكن مراجعة المذكرات الإيـضاحية للقانـون المدني الأردني مرجع سابق ص١٤٥ إلى ص١٤٨ ، وذهبت محكمة النقض المصرية أن التدليس يجب أن يكون وليد إجراءات احتيالية أو وسائل مـن شأنها التغرير بالعاقد بحيث يشوب إرادته ويفقده الحكم على الأمور حكماً سليماً ــ نقض مدني ١٩٦٤/٢/٢٠ ــ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٤٦ ص٢٦٣ .

(٣) د/ هـشام علي صادق / القانون الواجب على عقود التجارة الدولية منشأة المعارف، الاسـكندرية ــ ١٩٩٥ ــ ص٥٤-٥٥ وقـد ورد في كتاب أستاذنا الدكتور / شرف الدين السابق الإشارة إليه أيضاً ص١٧٥ .

من العقد يستطيع الرجوع إلى قواعد التدليس كلما كان الرجوع إلى قواعد الغلط صعباً وذلك لأن إثباته أسهل من إثبات الغلط[1].

وقبل الحديث عن التدليس بالنسبة لعقود الحاسب الآلي يجب القول أنه ومن خلال قراءتنا للنصوص التشريعية ولأحكام المحاكم يتضح لنا أن التدليس يقوم على ثلاثة عناصر : العنصر الأول **هو استخدام وسائل احتيالية** ، والعنصر الثاني هو أن تحمل هذه الوسائل الطرف الآخر على الغلط والتعاقد ، وثالثاً أن تكون هذه الوسائل من الجسامة بمكان بحيث تقنعه بالتعاقد [2] .

وبتطبيق هذه المفاهيم على عقود المعلوماتية يمكن أن نرى مثالاً بأن يتعامل متعهد مع مستفيد بغرض إيهامه بكفاءة الحاسب أو البرنامج الذي يسوقه مدعياً أن هذا البرنامج قد صنع في دولة أوروبية (دولة المنشأ) في حين أنها مصنوعة في الصين مثلاً فهذا يعتبر تغريراً يمكن أن يلحقه حكماً على المتعهد بإختراق حقوق الملكية الفكرية والتقليد غير المرخص به[3] ، وقد وسع القضاء الفرنسي من مفهوم

---

(١) عدنان السرحان ونوري خاطر ، شرح القانون المدني الأردني مرجع سابق ص١٥١ وص١٢٢ وما بعدها .

(٢) المادة ١/١٢٥ من القانون المدني المصري لخصت ذلك بقولها (يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو أناب عنه ، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد) .

(٣) يمكن مراجعة المادة ١٤٠ من القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ الخاص بحماية حقوق الملكية الفكرية / مصري / وكذلك يمكن مراجعة د/محمد حسام لطفي ــ الحماية القانونية لبرامج الحاسب الآلي ــ دار الثقافة للنشر والتوزيع ١٩٨٧ ص١٧٨ وما بعدها ــ د/خالد مصطفى فهمي ــ الحماية القانونية لبرامج الحاسب الآلي في ضوء

التدليس مدعماً بالفقه بحيث اعتبر أن الكذب المبالغ فيه يعتبر تدليس ، وأكثـــر من ذلك فقد اعتبر عدم تحقق المتعهد من مصدر البرنامج تدليـــساً ضد المتعاقد الآخر ، وخاصة أن مصدر البضاعة "المنشأ" كـــان عنـــصراً مهماً بالنسبة للمشتري ، إذ بسببه رضي الشراء[1]. وللتوضـــيح أكثـــر نقول أنه مثلاً بالنسبة للعنصر الأول من عناصر التدليس "التغرير" وهو استخدام طرق إحتياليه فمن الممكن أن تكون هـــذه الطـــرق مادية أو غير مادية لكن يشترط فيها أن تتكون سبباً معقـــولاً للوقـــوع فـــي التدليس كأن يثبت أن المواد التي جهزها المـــتعهد "المبرمـــج" للمســـتفيد لا تتـــطابق مع المواصـــفات التي اتفقا عليها والتزم بها المتعهد .

وفـــي قضية مشهورة حكمت محكمة استئناف باريس برفض الاســـتئناف المقـــدم من شركة محاسبة ضد شركة "فيليبس" للبرمجة بحيث أن الشركة المستأنف عليها قد تعهدت ببناء برامج حاسب آلي تتوافق وأغراض شركة المحاسبة طبقاً للمعايير والقدرات التي تتمتع بهـــا أجهـــزة الـــشركة المـــستأنفة ولكن الشركة المستأنفة "شركة المحاسبة" قد قامت بتغيير أجهزتها وهو كما قالت في حيثيات الطلب أمـــر مألـــوف ومتوقع في هذه الشركات ، فإن البرامج التي أعدتها شركة "فيليبس" لم تؤتي أكلها بالنسبة لشركة المحاسبة مما أدى إلى

قانـــون حمايـــة الملكـــية الفكرية ـــ دار الجامع الجديدة للنشر ٢٠٠٥ – الاسكندرية ص٢٥ .

(١) مشار اليه لدى. د/نوري خاطر ـــ مرجع سابق ص٢٢

-Cass.crim. 1er. 1-12-1981-lamy-ecmi094 cass.crim.

عـــدم إنجـــاز المهام المحاسبية في الشركة لأن الأجهزة لديها كانت غيـــر ما تعاقدت عليه شركة فيليبس ولذلك رفض الاستئناف وقالت المحكمـــة في حيثيات حكمها / لم يثبت قيام شركة فيلبس بأي عمل في أعمال التدليس أو بأي حيلة تدليسية للحصول على قبول الشركة المستأنفة وإبرام العقد [1] .

وفـــي هذا السياق لابد لنا من الحديث حول نقطة خلافيه في موضـــوع التدلـــيس(التغرير) وهي علاقة الكذب به ومتى يعتبر الكـــذب تدليس ومتى لا يعتبر كذلك، لا يوجد نص قانوني صريحا يحـــدد والأصل أن مجرد الكذب لا يكفي لتحقق التدليس ، دون أن يتبـــين بوضـــوح أن من وقع عليه التدليس لم يكن يستطيع استجلاء

---

(١) مـــشار اليه لدى. د/حسن الجميعي المرجع السابق ص١٥٤ ــ CA paris 5° ch. A20 mai 1986 . jd . T . n° 22463

وفـــي حكم آخر يدل على اعتبار استخدام الوسائل الاحتيالية من قبيل التدليس رأت محكمة استئناف باريس أن طلب شركة IBM من المستخدم شراء حاسب آخر حتـــى تستطيع ذاكره الحاسب الجديد استيعاب برنامجها التي تعاقدت عليه معه طبقاً لمواصفات الحاسب الأول وبعد استشارتها للخبراء الذي أجمعوا أنه كان يكفي تحسين كفاءة الحاسب الأول بواسطة شراء ما يعرف بـــ Double Discus لا شراء حاسب جديد من IBM فما قامت به شركة IBM يعتبر من قبيل التدليس \ \5 . CA paris OCT . B23 mai 1992 jurs datn n° 22943 مـــشار إلـــيه عند الدكتور/نوري خاطـــر مـــرجع ســـابق. ص ٢٥وكـــذلك يمكـــن مراجعة د. شرف الدين ــ مرجع ســـابق ص١٧٨ ــ الـــسنهوري \ الوســـيط ص٢٢١ وأنور سلطان ــ مرجع سابق ص٨٨-٩٣.

الحقيقة بسبب هذا الكذب، فإن كان يستطيع فلا تدليس [1] . ولكن يجمع الفقه [2] . أن الكذب المجرد إذا تم التعبير عنه كتابة يعتبر وسيلة من وسائل الاحتيال ، يجيز للمتعاقد قد الذي وقع ضحية له أن يطلب إبطال أو فسخ العقد [3] ، انطلاقا من انطباق حكم التدليس عليه نتيجة هذا الكذب .

وكذلك فإن القضاء الفرنسي تمكن من اعتبار الكذب متى كان مبالغاً فيه ومتى كان ذو تأثير على إرادة المتعاقد من قبيل التدليس ، ففي قضية مشهورة أبطلت محكمة استئناف باريس عقد توريد نظام حاسب آلي "أجهزة وبرامج" كانت شركة PI قد أعلنت أنها يمكنها أن تغني المستخدمين عن الإستعانة بأي مبرمج أو عن شراء أي برامج أخرى وقد أوردت إعلانها مذيلاً بعبارة تقول ثورة

---

(١) يمكن مراجعة المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري بشأن المواد ١٢٥و١٢٦ ــ مجموعة الأعمال التحضيرية ج٢ ص١٧٢ وشرف الدين مرجع سابق ص١٧٨ ــ السنهوري ،الوسيط ص٢٢١وأنور سلطان ــ مرجع سابق ص٨٨-٩٣ .

(٢) د/ إسماعيل غانم مرجع سابق ص٢١١ وما بعدها ــ د/السنهوري ــ مرجع سابق ٢٢١ وحسام الأهواني ــ نظرية الإلتزام مرجع سابق ص٢٠٦ وما بعدها ــ أستاذنا د/شرف الدين ــ نظرية الإلتزام مرجع سابق ١٧٨ وما بعدها .

(٣) ورد حق الإبطال للعقد في القانون المدني المصري والفرنسي ومشروع القانون المدني الفلسطيني ، إلا أن المشرع الأردني لم يعتمد في نطاق عيوب الإرادة نظرية البيطلان النسبي بل اعتمد نظرية عدم لزوم العقد واعتباره لا يلزم متى وقع في غلط نتيجة للتدليس ، حيث أجاز له المطالبة بفسخ العقد شرط أن يكون من نتائج هذا الغلط الذي أوقعه به التغرير أن يقع في غبن فاحش ــ يمكن الرجوع إلى نص المادة ١٤٨ مدني أردني والمواد ١٢٥و١٢٦ مدني مصري ، والمادة ١١١٦ مدني فرنسي والمادة ١٢٨ مشروع فلسطيني .

فـــي عـــالم الكمبيوتـــر طبعاً وكانت قيمة الجهاز والبرامج كبيرة . فقامت شركة PA وهي شركة للخطوط الجوية بالتعاقد والشراء بناءً على الإعلان واتضح لها فيما بعد عكس ذلك وأن هذا النظام ما هو إلا نظـــام عادي يحتاج مبرمجين وتحسينات فقضت المحكمة بإبطال العقـــد دون أن تلجأ المحكمة إلى البحث عن أية وسائل أو مناورات تدليـــسية أخرى وإنما اكتفت بثبوت قيام مورد نظام الحاسب بالكذب التدليسي معتبرة أن هذا الكذب لعب دوراً محورياً في إقدام الشركة الأخرى على التعاقد[1].

أن مـــبادئ حـــسن النية والأخلاق يجب أن تمنع الكذب في الـــتعامل وأن العقـــود بشكل عام يحكمها مبدأ حسن النية ، والتي لا تبـــرر الكذب وتستهجنه في التعامل بين الأفراد ، ولكن هذا الكذب لا يمكـــن الاعتداد به إذا لم يشكل دافعاً جوهرياً للتعاقد ، فلا ينزل منـــزلة التغريـــر إذا بقـــى كـــذباً مجرداً أو عارض أو فرعي في موضـــوع العقـــد . وقياســـاً علـــى عقود إعداد برامج الحاسب في عـــصرنا الحاضر بعد كل هذا التطور في وسائل الدعاية والإعلان ففـــي رأينا لا يمكن الاعتداد بما تورده من نشرات أو دعايات للقدح في صحة التراضي من باب التدليس فسمة هذا العصر المبالغة ولقد أصبح عرفاً أن كل منتج لشئ يدعى أنه الأفضل ويكفي نظره واحده لإعلانـــات شـــركات الاتصال لكي يحتار حتى الخبير ولكي يشعر المـــواطن أنه يحتاج لمهندس اتصالات لإرشاده ولذلك نقول أن ما

---

(1) Paris 5 eme ch.B.11janu.1984,junisdata.2002

حكم أشار إليه د/حسن جميعي ــ عقود برامج الحاسب الآلي ــ مرجع سابق ص١٥٣ .

يتـــردد فـــي النـــشرات الإعلانـــية المختلفة لا يصلح سبباً لوقوع المستخدمين في أيامنا هذه في غلط سببه التدليس إلا إذا كان المنتج أو المبـــرمج قـــد خاطب شخصياً المستخدم عبر قائمة حقيقية فيها المواصفات، تخصه هو بعينه وتمت مفاوضات ما قبل عقديه .. الخ حتـــى نستطيع أن نقدح في صحة الإرادة واقترانها بعيب من عدمه ولذلك نقول أن المبالغة في المدح المرافق لعرض البضائع لا يؤثر في صحة الرضا [1] .

هـــذا بخـــصوص الكذب ولكن ما هو الحكم لو كان السكوت تدليساً الأصـــل كما يقول الفقه [2] أن السكوت عن ذكر بيان معين لا يعتبر تدليـــساً ـــ وهـــذا مـــا قـــضت به محكمة النقض المصرية بقولها (أن مجـــرد الكتمان لا يبلغ أن يكون تدليساً ما لم يقترن بحيلة غير مـــشروعة) [3] وهـــذا كله ما لم يوجد إلتزام على المتعاقد بالإدلاء بالحقيقة . ومع هذا يكون السكوت تدليساً إذا ورد على واقعة أساسية وجوهـــرية كـــان يجـــب الإفصاح عنها بحكم القانون أو الإتفاق أو

---

(١) رفـــض محكمة النقض الفرنسية الأخذ بفكرة الكذب المجرد مادام لم يترتب عليه آثاراً سلبية ضد أحد المتعاقدين ، معتبرة أن القانون الفرنسي لا يعتد بالكذب المجرد الذي لـــم يكن له تأثير جوهري في الموقع ، التعاقد Cass civ. 1ev 29-nov-1978no-78no77-13-55-Bull civ.1.p28 5 أ شـــار إلـــيه د/نوري خاطر / مرجع سابق ص٢٥ .

(٢) أستاذنا د/شرف الدين ـــ نظرية الإلتزام ـــ مرجع سابق ص١٧٩ ـــ السنهوري مرجع سابق ص٢٢٥ – ود.أنور سلطان مرجع سابق ٩٣-٩٥ .

(٣) نقض مدني ١٩٤٣/٢/٢٥-مجموعة عمر ٤-٢٩ رقم ٥٩ .

ظـــروف العقد وطبيعته[1] وذهبت محكمة النقض الفرنسية أبعد من ذلك عندما اعتبرت أن إخفاء المعلومات يعد عيباً تدليساً حتى لو لم يـــتعلق بعنـــصر جوهري في العقد ، مادام أن المتعاقد الذي أخفى المعلـــومة قـــد اســـتفاد من توهم المتعاقد الآخر دون أن يعمل عن إيهامه[2].

ويلاحـــظ أن القانون المصري والقوانين العربية المقارنة / أردني / ســـوري / مـــشروع فلسطين قد ورد بها عن السكوت الذي يعتبر تدليـــساً مـــا يحكم أية واقعة وخلا القانون الفرنسي من نص مماثل فكـــان أن قامت محكمة النقض الفرنسي بهذا الدور بحيث اعتبرت السكوت تدليساً إذا توافرت فيه الشروط السابق الحديث عنها مستندة إلـــى مـــبدأ حـــسن النية في التعامل والذي يقضي بأن لا يحقق أحد طرفـــي العقد مصلحة بغض النظر عن مصلحة الطرف الآخر الذي يجـــب أن يوفـــر لـــه البيانات والخرائط والمواصفات الإلكترونية والإمكانـــيات بالإضافة إلى إتجاهات التشريعات الأوروبية الحديثة التـــي أصـــبحت تجبر المتعهد بالإعلام والتحذير والنصيحة وتعطي

---

(١) تـــنص المـــادة ١٤٤ مدني أردني عن أنه (يعتبر السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة تغريراً إذا ثبت أن المغرور ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة) تقابل ١٢٥/ مدني مصري و١٢٩ مشروع فلسطيني ويخلوا القانون المدني الفرنسي من نص مماثل .

(2) Cass 3 civ.2.oct.1979 n° 78-11.1951.Bull. civ.p.251,0 . 1979.ir.p.252

دوراً للمفاوضات ما قبل العقدية حتى يتعاقد المستخدم وهو على بينه من الأمر[1] .

ويفهم مما سبق أن كتمان الحقيقة الضرورية للمتعاقد المقابل يعتبر تدليساً يسمح لمن وقع عليه إبطال العقد أو فسخه بحسب الأحوال ولكن تبقى نقطة غاية في الأهمية وهي أن السكوت يجب أن يصاحبه سوء نية من قبل من سكت تتلخص في دفع الآخر إلى التعاقد مع علم من سكت أنه لو أفصح لما تعاقد الطرف المقابل وبذلك يقترن بوسيلة احتيالية ، وهذا في عقود المعلوماتية غالباً ما يستشف في المفاوضات العقدية أو ما قبل العقدية ، فإذا كان المتعاقد يعلم أو من السهل أن يعلم أن كتمانه يسبب ضرراً للمتعاقد الآخر قامت عليه المسئولية وتعيبت إرادة الطرف الآخر بأن شابها تدليس يبيح له طلب إبطال أو فسخ العقد .

العنصر الثاني: أن يكون التدليس دافعاً إلى التعاقد :ـ وهو ما سبق الحديث عنه في السكوت والكذب ولا داعي للإطالة فيه ، وبإختصار نقول يجب أن يثبت من وقع عليه التدليس أن هذا الأمر هو الذي دفعه للتعاقد فإن كان من السهل عليه أن يتبين الأمر عند إبرام العقد فلا يعتد بإدعائه ، وهذا مما يقدره قاضي الموضوع أي أنه يقدر أثر الوسائل التي اتبعها المتعاقد في دفع المتعاقد الآخر للتعاقد وهي مما يرجع بها القاضي إلى معيار ذاتي أو شخصي

---

(١) د/حسن جميعي مرجع سابق ص١٦٦ د/خالد مصطفى فهمي مرجع سابق ص٣٣ ،د،محمد حسام لطفي ـ عقود خدمات المعلومات في القانونين المصري والفرنسي / مرجع سابق ص٨٥ وما بعدها .

بالنظر إلى إمكانيات الأطراف وثقافتهم وجنسهم [1] وهل هو مختص بـــنظام المعلوماتـــية ويعرف مكوناته وهذا الأمر ضروري مراعاة لاستقرار المعاملات القائم على مبدأ حسن النية .

هـــذا ولا يفوتـــنا القـــول أنه في بعض الأحيان يترتب على التدلـــيس جزاء جنائي إذا وصل حد الاحتيال أو الغش الصريح مما يرتب التعويض أيضاً طبقاً لأحكام القانون أو طبقاً لأحكام المسئولية العقدية [2] .

العنـصر الـثالث / اتـصال المتعاقد بالتدليس :- نصت المادة ١٢٦ مدني مـــصري أنـــه إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المـــدلس علـــيه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كـــان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس [3] وهذا نـــص خالـــف فيه المشرع المصري موقف القانون المدني الفرنسي الـــذي اســـتبعد التدليس الصادر من الغير من عيوب الإرادة متأثراً بالقانـــون الرومانـــي الذي كان يعتبر التدليس جريمة [4] وفي حقيقة الأمـــر أن مـــنطق القانـــون المـــصري ومـــشروع القانون المدني الفلـــسطيني الذي تأثر إلى حد بعيد بالقانون المدني المصري أفضل

---

(١) د/ شـــرف الدين ـــ مرجع سابق ص١٨٢ ـــ نقض مدني ١٩٧٣/٣/١٣ ص٤٤ ص ١٧٩٦ (استخلاص عناصر التدليس الذي يجيز إبطال العقد من وقائع الدعوى . هي من المسائل التي تستقله بها محكمة الموضوع دون رقابة من محكمة النقض) .

(٢) عدنان السرحان ، ونوري خاطر ـــ مرجع سابق ص١٨٤ .

(٣) تقابل المادة ١٤٨ مدني أردني والمادة ١١١٣٠ من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

(٤) د/السنهوري ـــ مرجع سابق ص٢٥٠ وما بعدها ، د/شرف الدين ـــ مرجع سابق ص ١٨٦-١٨٧-د حسام الأهواني ـــ مرجع ٢١٠ وما بعدها .

مـــن موقف القانون الفرنسي في هذا الشأن وخصوصاً وأن القضاء الفرنسي سار حديثاً على اعتماد التدليس الصادر من الغير في عقود المعلوماتية تدليساً إذا رافقه تواطؤ أو علم من الطرف الآخر فقضت محكمة استئناف باريس بتأييد حكم المحكمة الابتدائية ورفض ادعاء الـــشركة المستأنفة MAYER بإبطال عقد شراء أجهزة حاسب آلي بـــسبب عـــدم قيام الشركة المستأنف عليها ADLER بتسليم برامج حاسب التي اعتقدت المستأنفة أن سعر الشراء يشملها بـــناء على ما أدلى به مندوب المكتب الاستشاري وقالت وحيث أن المندوب الذي أوصـــى للشركة المستأنفة بذلك قد حضر إليها بناء على طلبها من المكتب الاستشاري الذي تتعامل معه بشكل معتاد وليس عن طريق الشركة الموردة للأجـــهزة كما أنه لم يثبت اتصال علم هذه الشركة بمسلك المندوب ولم يتم إخطارها به).

هـــذا ويلاحظ في هذا المجال أيضاً أن التدليس الصادر عن الوكـــيل أو عـــن أحـــد التابعين ، يعتبر بمثابة التدليس الصادر من المـــتعاقد نفسه ، على اعتبار أنه مسئول عنهم وأنهم يعملون لحسابه وبالتالـــي تحكمهم مسئولية المتبوع عن فعل التابع وذلك بنص المادة ١٢٥ مدني مصري (والتدليس الصادر من نائبه .....) .

وأخيـــراً نقول في هذا الشأن أن القانون المدني الأردني على خلاف المصري ومشروع القانون الفلسطيني اشترط أن يترتب على

التدلـــيس غبن فاحش لكي نحكم عليه بأنه معيب للإرادة [1] ويقصد بالغبن الفاحش مالا يدخل تحت تقويم المقومين ، وبعبارة أخرى أن يكـــون أحـــد المقابلين غير متعادل ولا يقترب حتى من التعادل مع المقابـــل الآخر وإذا كانت التشريعات الأخرى المقارنة تجنبت ذكر الغـــبن مـــرتبطاً بالتغريـــر أو التدليس فلأنها افترضت أن من غير المعـــتاد أن يطالب أحد الأطراف فسخ العقد أو إبطاله للتدليس ما لم يكـــن هناك ضرر لا يتسامح به (غبن فاحش) قد لحقه نتيجة وقوعه في غلط ناتج عن تدليس ، إما المشرع الأردني فذكر الغبن الفاحش متأثراً بالفقه الإسلامي [2] .

الفرع الثالث

ـ الإكـــــراه ـ

الإكـــراه يمكـــن أن يعرف بأنه استخدام وسائل ضغط غير مشروعه تحدث في نفس المتعاقد رهبه تدفعه إلى التعاقد[3] ، والذي يجعـــل الإرادة معيـــبة في الإكراه ليس هو الوسيلة المستخدمة في الضغط الإرادة وإنما هى الرهبة الناتجة عن هذه الوسيلة التي تؤثر

---

(١) المـــادة ١٤٥ مدنـــي أردني (إذا غرر أحد المتعاقدين بالآخر وتحقق أن العقد تم بغبن فاحش كان لمن غرر به فسخ العقد) .

(٢) راجـــع المادة ١٤٦ ومذكراتها الإيضاحية في القانون المدني الأردني ويمكن مراجعة عدنان السرحان ونوري خاطر. المرجع السابق. ص ١٥٦ و ص ١٨٩ .

(٣) أستاذنا د/ شرف الدين ـــ مرجع سابق. ص١٨٧ – وكذلك شرح المواد ٩٤٨-٩٤٩ مـــن مجلـــة الأحكام العدلية/ علي حيدر مرجع سابق ـــ والمذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني عن المواد ١٣٥و١٣١ والمادة ١٢٧ مدني مصري وهي تقابل المادة ١٣٢ مشروع فلسطيني .

علـــى إرادة ونفـــسية مـــن وقعـــت علـــيه دافعه إياه إلى التعاقد . وباختصار هو إجبار للمتعاقد على التصرف دون رضاه التام ، فإن كـــان لهـــذه الرهبة أثر على قبول المتعاقد للعقد ، اعتبر التصرف معيـــباً ، اما دون ذلك فلا يعتد به باعتباره من عيوب الإرادة وهو مـــا قـــضت به محكمة النقض المصرية بقولها (أن مفاد المادة١٢٧ مدنـــي أن الإكراه المبطل للرضا لا يتحقق إلا بتهديد المتعاقد بخطر جسيم محدق بنفسه أو بماله أو باستعمال وسائل ضغط أخرى لا قبل له بها أو التخلص منها ، ويكون من نتيجة ذلك حصول رهبه تحمله عـــن قبول ما لم يكن يقبله باختياره ، ويجب أن يكون الضغط الذي تـــولد عـــنه رهبه في نفس المتعاقد غير مستندا إلى حق وهو يكون كـــذلك إذا كان الهدف منه الوصول إلى شئ غير مستحق حتى ولو سلك في سبيل ذلك وسيلة غير مشروعة[1].

ولأن مجـــال بحـــث الإكـــراه وشروطه بالتفصيل هو لكتب ومؤلفات القواعد العامة ولأنه لا جديد يحدث علي الإكراه في عقود الإعداد فإن توافرت شروطه بوجود تهديد غير مشروع بخطر معين ممـــا يخلـــق لدى الطرف الثاني الذي وقع عليه التهديد رهبه تدفعه للموافقة على التعاقد واتصال المتعاقد بهذا التهديد فيأخذ حكم الإكراه المعـــيب لـــلإرادة في النظرية التقليدية لعيوب الإرادة والمنصوص علـــيها فـــي القوانين المقارنة والسابق الإشارة إليها بأن تجعل العقد قـــابلاً للإبطـــال فـــي القانون المصري والفرنسي ومشروع القانون

---

(١) نقض مدني ٧٦/٣/٣١ . س٢٧ ص٨١٥ – مرجع سابق .

الفلسطيني وتجعل حكمه موقوفاً على إرادة المكره بعد زوال الإكراه أو ورثـــته فإن أجازوه اعتبر صحيحاً وأن لم يجيزوه بطل العقد في القانـــون المدني الأردني[1] ونترك أحكامه وجسامته وشروطه وهل هو ملجأ أم غير ملجأ إلى كتب شروح القواعد العامة فهو كما أسلفنا لـــن يختلف سواء وقوع على عقود معلوماتية أم على عقود أخرى فكلاهما يأخذ نفس الحكم .

إلا أن هـــناك اتجـــاه حديث في الفقه الغربي يرى أنه يجب الأخذ بعين الاعتبار في نطاق عقود إعداد برامج الحاسب ما يسمى بالإكـــراه الاقتصادي ، وخاصة في المراحل التي تلي إبرام العقد ، حاجة المستخدم إلى خدمات للبرنامج أو حاجته إلى صيانته [2].

فإذا زود المتعهد المســـتفيد بأجهـــزة ذات كفـــاءة عاليـــة لا يوجـــد مثيلاً لها في الأســـواق لأنهـــا صنعـــت خصيـــصاً بنـــاءً على طلبه ، فعندما رجع المســـتفيد اليه بهدف طلب خدمات معينه أو أجراء صيانة على البرنامج الذي أبتاعه منه بهذه الحالة يكون المستفيد تحت يد وسلطة الـــمتعهد، فـــإن فـــرض عليـــه شـــروطاً قاســـية فإن إكـــراهاً هنا يكون قد وقـــع فـــي هـــذه العقـــود ، وقد حاول القضاء والفقه في فرنســـا الحد من هذه الظاهـــرة فاعتبروا أن من القواعد البذيهيه في هذه العقود أن تحتـــاج البرمجة إلى

---

(١) م/٤١ مدني أردني .

(2) Christopher Collard and Christopher Roquilly – Closed Distribution Software and E commerce .issues .International Review of law computers .V.16 .N.1 .Carfax. publishing .Taylor and Francis LTD.2002.P81-92

تدخل مستمر من جانب المتعهد من أجل ضبط البرنامج وبيان دقته في الإدراك الكامل لجوانبه الخفية وطبيعة عمله ، فاعتبروا أن التسليم الحقيقي لا يكون إلا بعد فترة من التسليم الفعلي وهي فترة كافية تسمح للمستفيد بالإقرار بحصول التسليم لا سيما وأن هذا القضاء نفسه قد تسامح في بعض مشكلات وأخطاء البرامج لبعض الوقت بعد التشغيل وإعطاء الوقت للمتعهد لضبطها ومتابعتها طالما أن هذه المشكلات والأخطاء لا تؤثر على كفاءة البرنامج يمكن للمتعهد تداركها[1] وهذا مما يجعل المستفيد في موقع أبعد ما يكون عن

---

(١) يمكن مراجعة د/حسن جميعي ــ مرجع سابق ص٢٤٥-٢٤٨ وكذلك المستشار فاروق الحفناوي / عقود البرمجيات ــ المرجع السابق وفي العقود النموذجية لبناء نظام وتركيبه وضمان لوازمه بعد تشغيله وصيانته استحدثت الشركات الأمريكية للبرمجة ما يعرف بفترة الضمان وهي فترة تبدأ عند إنتهاء المتعهد من بناء النظام "البرنامج" وتركيبه وإختباره وتشغيله والوفاء بكافة إلتزاماته التي تتأكد بشهادة القبول الإبتدائية للبرنامج ، وإلتزام المتعهد أثناء هذه الفترة قد يمتد إلى عام كامل وهو للتأكد أن البرنامج أو النظام يعمل ككل متكامل في تناغم وتناسق بين أجهزته المختلفة ، وبينه وبين البرامج والأجهزة الأخرى القائمة لدى المستفيد ، حيث يلتزم المتعهد أثناء هذه الفترة بتصحيح أية أخطاء تظهر وصيانة الأجهزة إن حدث شئ ، وكل ذلك لا يمنع أن يرافق بعض البرامج فترات ضمان تختلف عن برام أخرى أو عن الأجهزة التي تعمل بها كأن يضمن النظام سنة ويضمن الجهاز سنتين ، وهذا له تأثير بالنسبة للصيانة المدفوعة الأجر والتي تبدأ غالباً بعد إنتهاء فترة الضمان حيث في الغالب ما يوضع= =شروط في العقد بأن تباشر الشركة الصيانة لمدة معينة تبدأ هذه المدة بعد إنتهاء فترة الضمان . ويطلق على شهادة القبول النهائي في هذه العقود .

Final Acceptance Certifiat (FAC)

أو FINAL Hand Over Certifat (FHOC)

يمكن الرجوع إلى كتاب البرفسور

أمكانية إكراهه بعد الإبرام وفي أثناء التنفيذ ولكن لأن الأمر يمكن أن يقع فإن الفقه والقضاء في فرنسا مثلاً يعتمدان على اللجوء إلى الخبرة العملية في شأن تحديد ما يعتبر إكراهاً في هذا المجال.

وهـذا سـنتطرق إلـيه بشكل موسع عند حديثنا عن التعسف في الفصل الثالث في هذه الدراسة وخلاصة القول في هذا الموضوع أن عيب الإكراه يمكن الاحتجاج به إذا توافرت شروطه سالفة الذكر لا بـل أكثر من ذلك يمكن الاحتجاج بالإكراه كعيب من عيوب الإرادة إذا كان صادراً من الغير وليس من أحد المتعاقدين ، شرط أن يثبت مـن وقـع علـيه الإكراه أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان حتماً بإمكانـه أن يعلم بهذا الإكراه[1] وذلك تطبيقاً للقواعد العامة في هذا الشأن أي أن يكون المستفيد يعلم بالإكراه أو بإمكانيته حسب ظروف الحال وبكل بساطة أن يعلم بالتزام الطرف الآخر بالتعاقد للحصول على مصالح معينة ملحقاً ضرراً به جراء هذا التعاقد .

مرجع سابق Benjamin Wrghit / The Law Of Electronic .P.R
Chapter 14-14/4 Model Agreement P.40

(١) م/١٢٨ مصري ـ لم يرد نص مشابه في القانون المدني الأردني عن الإكراه الواقع من الغير/ والمادة ١٣٥ مشروع فلسطيني .

المطلب الثاني
اثر عيوب الإرادة على عقود إعداد البرامج

تـــنص المـــادة ١٢٤ مـــن القانون المدني المصري على انه (ليس لمن وقع في غلط ان يتمسك به على وجه يتعارض مع حسن النـــية) [١] وكذلك تشدد المشرع المصري في إبطال العقد اذا شاب إرادة احـــد الأطراف أكراها معينا محاولا قدر الامكان إعمال العقد بـــدلا من إبطاله[٢] وهذا نفس نهجه في التدليس والاستغلال[٣]. ففي التدلـــيس مثلا اشترط المشرع ان يقع عبء إثباته على العاقد الذي يطلـــب الإبطـــال ، ويتلخص أثره في انه يجعل العقد قابلا للإبطال ولكن وحسب ما يورد أستاذنا الدكتور احمد شرف الدين انه لا يوجد ما يلزم المتعاقد المدلس عليه بطلب إبطال العقد وله ان يقتصر على مطالبة مرتكب الأعمال الاحتيالية بالتعويض[٤] .

امـــا في الاستغلال يمكن للطرف الذي وقع عليه الاستغلال المطالـــبة بأحـــد أمرين ،إبطال العقد او إنقاص التزاماته تبعا للغبن الذي وقع عليه[٥] . حتى ان المشرع قد اقتصر الحق في رفع دعوى الاســـتغلال علـــى فتـــرة زمنية قصيرة هي مدة عام فقط دون ان

---

(١) تقابل المواد١٣٢مدني اردني و١٢٧ من مشروع القانون المدني الفلسطيني

(٢)المادة ١٢٨ مدني مصري

(٣) د.احمد شرف الدين مرجع سابق ص١٨٧ هامش (٢٦٧) منسوبا الى تيريه بند ٢٣٢ ص٢٢٢

(٤) هو مايسمى بالقانون المدني الاردني بالغبن الفاحش .

(٥) المادة ٣/٢/١/١٢٩ مدني مصري /و١٥٠ مدني اردني وتقابل المادة ١/١٣٦ مشروع فلسطيني

يـضمنها فترة وقف او انقطاع ،فمجرد مرور سنة من تاريخ إبرام العقـد تكون دعوى الاستغلال غير مقبولة ، على خلاف مدة سقوط دعـاوى الإبطال للإكراه والتدليس والغلط التي جعلها المشرع ثلاث سـنوات مـنذ اكتشاف هذه العيوب او خمس عشر سنة من تاريخ العقد . (١)

ولقـد أوردنـا هذه النصوص لنبحث اثار عيوب الإرادة على عقود الإعـداد وكذلك ما يمكن ان يلحق هذه العقود من نقض او تصحيح ومـا يتـرتب على ذلك من قضايا لذلك لا بد من القول ان المشرع المصري لم يتقيد في القانون المدني بعيوب الإرادة في إبطال العقد بحكـم واحد لا منزوحة عنه ، اذا لحق احد الأطراف وذلك حرصا علـى استقرار المعاملات حتى انه في عيب الاستغلال مثلا اخرج فـئة الـتجار من الاستفادة من هذا العيب معتقد وبحق ان من يكون تاجـرا يجـب ان يتمتع بما يتمتع به التجار من نظرة ثاقبة ودراية تجنـبه من الوقوع ضحية للآخرين(٢)، لذلك وان كانت هذه العيوب مـن شانها ان تعطي الحق لمن وقع فيها بطلب إبطال العقد الا ان ذلـك وفقـا لشرائط كثيرة وكذلك فقد اجاز القانون الحق في إجازة العقـد او تعديل الالتزامات بحيث تتعادل او .....الخ وقد اورد الفقه فـي مجال المعلوماتية وبرامجها ان تقصير المستفيد او العميل في التحري او الاستعلام الذي يؤثر على اختياراته ويؤدي الى حصوله

---

(١) المادة ١/١٢٩، ١٤٠ /١ ، ١/١٤١ مدني مصري

(٢) فـي هـذا المعنـى المادة ٥٢ من قانون التجارة المصري ويمكن مراجعة مذكراتها الايضاحية

علـــى برامج او أجهزة لا تتناسب مع احتياجاته الحقيقية يؤدي الى انعقـــاد مـــسؤوليته عن الإخلال بالتزامه ويتحمل المستفيد مسؤولية تقصير المتعهد (المبرمج) في إنجاز مهمته[1]

امـــا فـــي القانـــون المدني الأردني فالوضع مختلف ، فلم يتقيد المشرع الأردني بحكم واحد في حالة وقوع احد الأطراف المتعاقدة ضـــحية عيب من عيوب الارادة ،ففي نطاق عيب التغرير اذا اقترن بغـــبن فـــاحش وعيب الغلط اذا استوفى شروطه ، جعل حكم العقد المعـــيب بهـــذين العيبيين غير لازم أي قابلا للفسخ ، اذا طالب به المتعاقد الذي وقع فيه .

فـــي حين انه جعل حكم العقد بالنسبة للإكراه الذي يقع على احد الأطـــراف موقـــوفا ، والعقد الموقوف هو العقد الذي لا ينعقد سببا لحكمـــه ،اي غيـــر نافذ بحق المتعاقدين وبحق الغير [2] مما يترتب عليه ان العقد لا يرتب اي اثر ما لم يجزه المكره بعد زوال الاكراة او ورثته ، اما اذا نقضه عد كان لم يكن ، على عكس ما هي الحالة علـــيه فـــي التغرير مع الغبن الفاحش او الغلط الذي يعتبر به العقد صحيحا ونافذا لكنه غير لازم اي يجوز لمن وقع ضحية تغرير مع غـــبن فاحش او وقع في غلط ، ان يطالب بفسخ العقد ،وعلى الفرق بـــين الحكمـــين تتـــرتب إشكالية بالنسبة للعقد غير اللازم لأنه كان

---

(١) د- محمد حسين منصور ، مرجع سابق ص ٤٨

(٢) المـــواد ١٤٥ و١٤١ و١٥٣ مدني اردني وكذلك يمكن مراجعة المذكرات الايضاحية للقانـــون المدني الاردني مرجع سابق ج١ ص١٥٠-١٦٠ و د، انور سلطان مصادر الالتـــزام ،ص١٦٥-١٨٠ ، كذلك يمكن مراجعة د، عدنان السرحان ود،نوري خاطر مرجع سابق ص ١٤٠ وما بعدها لغاية ص ١٧٢

صحيحا نافذا فكيف بالامكان إعادة الحال الى ما كان عليه في حالة الفسخ ؟ وهذا مالا نجدة في حكم إبطال عقد المكره لأنه ان لم تقع عليه الإجازة كان باطلا لا يترتب عليه اي اثر ، وفي رأينا كان على المشرع الأردني ان يحذو حذو المشرع المصري في التعامل مع آثار هذه العيوب ،او ان يطبق حكم العقد الموقوف (حكم عقد المكره) على التغرير مع الغبن الفاحش وعلى الغلط كذلك ، اذ كيف يتصور في مجال عقود المعلوماتية

ان يرد كل واحد من المتعاقدين ما أخذه بالحالة التي كانت عليها قبل التعاقد ، اذا ما مارس صاحب الحق حقه في طلب الفسخ وطلب ذلك . وهذا ما سنبحثه في هذا المطلب من خلال البحث في إجازة التصرف المعيب وتطبيقه على عقود الإعداد في الفرع الأول او نقض العقد كليا وأثره على هذه العقود في الفرع الثاني .

الفرع الأول

تصحيح التصرف المعيب

لا تثير الإجازة بالنسبة لعقود الإعداد مشاكل مختلفة عن العقود الأخرى فالقواعد العامة تتكفل بها ، والطرف الذي يقع ضحية للتدليس او الغلط او الإكراه له ان يبطل العقد او يجيزه ويرفع عنه قابليته للإبطال او الفسخ .

وقد حدد المشرع الأردني شروط الإجازة في المادة ١٧٤ من القانون المدني (يشترط لصحة الإجازة قبول التصرف للإجازة وقت صدوره ووقت الإجازة ،ووجود من له الإجازة وطرفي العقد والمتصرف فيه وبدله ان كان عينا وقت

الإجازة)[1] وهذا يعني قيام العقد موضوع الإجازة مع أطرافه وبقاء العين اذا كان عينا معينة وجود البدل .[2]

وفي عقود الإعداد نجد أن إجازة العقد الذي لحق به عيب يمكن أن تحل بطريقة عملية إذا اتفق الطرفان على إزالة هذا العيب أو تعديله بما يتفق ومبدأ اقتراب الالتزامات المتبادلة من التعادل ،كما لو اشترى مستفيد برنامجا معينا وبعد تركيبه على جهازه تبين له أن لا يتطابق مع المواصفات التي تم الاتفاق عليها في العقد ، فان اكتشف المستفيد ان هذه النظام يمكن أن يلبي حاجات أخرى في أعماله ورضي بذلك ، فان هذا العمل يعتبر بمثابة إجازة للعقد ، ويرى بعض الفقه ان مثل هذا الحل هو اتفاق جديد يبعد كل البعد عن فكرة الإجازة[3]. ونحن نرى ذلك ونعتقد ان تنازل المتضرر عن حقه في نقض العقد (اي حقه في إبطاله) ليس الا إجازة ضمنية للعقد

---

(١) لم يورد المشرع المصري نصا مشابها لكن المادة ١٣٩ مدني بينت الإجازة في انها تكون صريحة او ضمنية والفقرة الثانية من نفس المادة اعتبرت انها يجب ان تستند الى التاريخ الذي تم فيه العقد وان لا تؤثر على حقوق الغير .اما القانون المدني الفرنسي فاعطى الحق بالإجازة مشددا على الأهلية وعلم المتعاقد التام بالعيب ولم يذكر وجود المعقود عليه ،يمكن مراجعة المواد ١١٣٨و١١١٥ منه ، كذلك يمكن مراجعة د،محمد إسماعيل الغشيم ، اجازة التصرفات –دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري –رسالة دكتوراه – جامعة القاهرة ١٩٩٥ ص ١٩٦ وما بعدها .

(٢) د. السنهوري – مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج٤ مرجع سابق ص ٣٠٨

(٣) د. محمد الغشيم – مرجع سابق ص٢٠٠ ، وقضت محكمة النقض المصرية ان الإجازة ليست منشئة للحق بل هي إزالة للمانع الذي يمنع من نفاذ التصرف ، نقض ١٩٥٧/٢/٧ س٨ ص١٢٦

،تحـــوله إلى عقد بات وناجز لا يجوز الرجوع عنه ، شرط ان يعلم المجيـــز بالعيب الموجود كالغلط والتدليس .او ان يزول الإكراه او الاستغلال ،واعيا تماما الى ان إرادته اتجهت الى إجازة عقد كان له الحـــق فـــي إبطالـــه (فـــسخه)،اما بالنسبة للأهلية التي تحدث عنها المـــشرع المـــصري فلا جدوى من بحثها في عقود الإعداد لأنه لا يتصور الا وجود الأهلية في المتعاقدين على نظم معلوماتية تتطلب فهما وإلماما كبيرين.

هـــذا بخـــصوص إجازة عقود إعداد البرامج ، ولكن كيف يكون الحال فيما لو اختار المتعاقد المتضرر نقض العقد (إبطاله) نتيجة وقـــوعه في عيب من عيوب الرضا؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه في الفرع الثاني من هذا المطلب.

الفرع الثاني
نقض العقد

فـــي الـــبدء يجـــب ان نحـــدد المبدأ العام ثم نقيس ذلك على عقود المعلوماتـــية، ولذلك نقول ان المادة ١٤٢(مدني مصري) تنص على (١- في حالتي إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانـــا علـــيها قـــبل العقد فان كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض عـــادل...) ولا نتحدث هنا عن العقد الباطل بطلانا مطلقا فهو يعتبر كـــان لم يوجد[1] بل نتحدث عن العقد القابل للإبطال ، وحسب نص

---

(١) يمكـــن مراجعة د،احمد شرف الدين مرجع سابق ص٢٦٦ ومابعدها ود انور سلطان ،شرح عقدي البيع والمقايضة منشاة المعارف ،الاسكندرية ١٩٧٣ ص ١٤٠

المادة ١٤٢ فان تقرر بطلان العقد فانه لا يترتب أي اثر قانوني اذا لـــم يكـــن قد تم تنفيذه او تنفيذ جزء منه أي اعتبر الوضع الطبيعي الـــسابق على التعاقد قائما بينهما[١] فلا دائن ولا مدين ، اما اذا كان العقـــد قـــد تـــم تنفيذه قبل تقرير البطلان ،فيجب رد المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ،اما اذا كان الرد مستحيلا كما هي الحالـــة فـــي اغلب عقود المعلوماتية لأسباب كثيرة منها الاستعمال مـــثلا او هـــلاك البرنامج او تعيبه في يد المشتري او لان العقد من عقـــود العمل مثلا ،او من العقود التي للمدة دورا كبيرا فيها[٢] وجب الحكـــم بتعويض عادل ، وهذا لاياخذ حكم التنفيذ او التنفيذ الجزئي بـــل ياخـــذ حكم التعويض ،فان كان مثلا البرنامج مستأجر فلا ياخذ الـــتعويض المحكـــوم به حكم بدل الإيجار بل فقط هو تعويض عن المـــدة التي استخدم فيها هذا البرنامج [٣] والتعويض لا يكون الا اذا كان الرد مستحيلا ،فان كان الرد ممكنا فلا يجوز العدول عنه الى غيره [٤].

اما في القانون المدني الأردني فالحكم مختلف بخصوص الإكراه لان حكـــم العقـــد المقتـــرن بإكراه معيب للإرادة كما أسلفنا هو

---

(١) د. انور سلطان ،مصادر الالتزام ،مرجع سلبق ص١٧٩ ،١٨٠

(٢) الـــسنهوري ،الوسيط ،ج١ مرجع سابق ص ٢٥٠ ود،سليمان مرقس ،الوافي ،مرجع سابق ص٢٣٢

(٣) راجـــع في هذا المعنى ،د محمد حسين منصور ،المسؤولية الالكترونية ،مرجع سابق ص٣٢-٥٠ .و د حسن جميعي مرجع سابق ص١٦١-١٧٦ .

(٤) هذا الحكم الذي جاء في القانون المني المصري هو عين ما ورد في مشروع القانون المدني الفلسطيني تحت بند (العقد القابل للابطال) في المادة ١٥٤منه .

موقوف اي غير نافذ ، خلافا للغلط او التغرير مع الغبن الفاحش (التدلـــيس) التـــي تأخذ حكم القانون المدني المصري بأنها عقود نافـــذة وصحيحة ولكنها قابلة للفسخ في القانون المدني الأردني ومعرضة للإبطال في القانون المصري .

وهـــذا يضعنا أمام حالة مستعصية في مجال عقود المعلوماتية فالبرامج تتبدل وتتغير في فترات متقاربة وتتطور تطورا سريعا ،فلو أصبحت إحدى الأنظمة المعلوماتية المتعاقد عليها قديمة فنيا بحيث أصبحت قيمتها لا تساوي نصف ما دفعه المستفيد وقضي بـــبطلان او فـــسخ العقـــد[1] لعيب لحق بإرادة المستفيد ،فما هو العمـــل ؟ وكيف يمكن ان يستعيد كل منهما ما قد دفعه للآخر ؟ والـــرأي هـــنا ان علـــى المتعهد ان يعيد للمستفيد كامل ما دفعه انطلاقـــا من انه حتى لو بقيت الأنظمة (البرامج) في يد المتعهد كـــان لابد لقيمتها ان تنخفض بمرور الزمن ،طالما ن هذه القيمة لم تنخفض بفعل المستفيد ،فلو كانت كذلك كان ملزما بالتعويض ، بالإضافة الى ان المستفيد سيقوم حتما بالتعويض على المتعهد عـــن المـــدة التـــي استخدم واستفاد فيها من برامجه وذلك طبقا للقواعد العامة .

---

(١) الـــبطلان والفـــسخ في الفقه الغربي وتبعا لذلك في القانون المصري يتفقان في الاثر المترتب على كل منهما و هو انعدام الرابطة التعاقدية ، ولكنهما يختلفان في ان البطلان جزاء عدم توافر ركن من اركان العقد او شرطا من شروط صحته ،اما الفسخ فهو في القانون المصري عدم تنفيذ احد المتعاقدين لالتزامه ونحن حين نورد كلمة الفسخ نكون قاصدين بها الفسخ في القانون المدني الاردني الذي يقابل الحق في الابطال في القانون المصري .

ولكن ماذا لو هلك محل العقد او فقد قبل نقض العقد ؟؟

اذا هلـــك المعقـــود عليه قبل نقض العقد وإعادة الحال إلى ما كانت علـــيه قـــبل التعاقد ، نفرق بين اذا ما كان هلاك هذا البرنامج بفعل المـــستفيد فيكون عليه في هذه الحالة دفع قيمة هذا البرنامج ،وقت إبرام العقد وليس دفع الثمن المتفق عليه في العقد[١] .

اما اذا كان الهلاك او التلف بسبب أجنبي ودون تقصير منه ،فلا تقع علـــيه اية مسؤولية ويكون عليه التعويض عن الفائدة التي تحققت له مـــن استعمال النظام ان كان ذلك قد حصل . ونضيف هنا انه فيما لو طالب المتعهد المستفيد برد النظام او البرنامج وامتنع رغم انه لم يستعمله بعد بل اشتراه فقط وهلك النظام حتى لو كان الهلاك بسبب اجنبـــي فيضمن المشتري دون شك ،ويرى القضاء والفقه الفرنسيان ان الـــتعويض يقـــدر بالنظر الى وقت إبرام العقد لا الى وقت أعادة الحال الى ما كانت عليه . [٢]

وهـــذا ينسجم مع معنى المادة ٢٤٨ من القانون المدني الأردني من ان فسخ العقد يعيد الحال الى ما كانت عليه قبل التعاقد والمادة ١٦٠ مدني مصري[٣].

---

(١) يمكن مراجعة المادة ٥٠٣ من القانون المدني الاردني والمادة ١٤٢ مدني مصري

(٢) يـــرى الفقـــيه (malaurie) انه اذا طالب البائع بالفرق يجب تحديد قيمة المبيع وقت التعاقد لا وقت اعادة الحال ..ورد رايه هذا في كتاب الدكتور عباس العبودي ، مرجع سلبق ص٢٧٦ .

(٣) تـــنص على انه (اذا انفسخ العقد اعيد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فان استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض .

امـــا بخـــصوص تطبيق الأحكام العامة بخصوص العقود مستمرة التنفيذ ، فلا يمكن ابطال العق في هذه العقود مع إعادة الحال الى ما كانـــت عليه قبل التعاقد ، وذلك لان الزمن عنصر جوهري فان مر فـــلا يمكـــن إرجاعه الى الوراء. [١] ولهذا السبب فان المنفعة التي تـــرتبت في الماضي لا يمكن ردها من هنا جاء مبدأ التعويض عن هـــذه المـــدة ، وقد استخدم الفقه الفرنسي كلمة (الانحلال) بدلا من الإبطـــال او الفسخ ، ولكن حتى في القانون الفرنسي لا تحل مشكلة العقـــود مستمرة التنفيذ بالانحلال وذلك لان حكم التمسك بالعيب هو بطلان العقد والحكم به لا يرتب أثرا رجعيا ، لهذا دائما ما يلجا إلى إلـــزام المتعاقد بدفع تعويض عن المدة السابقة ، ويتم دفع التعويض علـــى أساس اجر المثل. [٢] دون الاعتراف بالعقد لفقدانه مشروعيته بعد إبطاله .

أمـــا فـــي القانـــون الأردني والمصري ومشروع القانون المدني الفلـــسطيني ، فان مشروعية العقد لا تمس لأنه ينشأ صحيحا ،ولكنهم أعطـــوا المتعاقد المتضرر الحق في نقضه . فهذا عيب يؤثر في نفاذ العقـــد لا فـــي انعقاده ، لذلك نرى ان نطبق عليه فكرة الانحلال التي تؤدي الى إنهاء العقد بالنسبة للمستقبل دون الرجوع الى الماضي[٣].

---

(١) د. انـــور ســـلطان – مـــصادر الالتزام – مرجع سابق ص ١٨٠ ، ود السنهوري – الوسيط – مرجع سابق ص٢٦٠ ،واستاذنا د احمد شرف الدين مرجع سابق ص٢٦٨.

(٢) د . نوري خاطر – مرجع سابق – ص٤٣ .

(٣)هـــناك مـــن يرفض فكرة الانحلال في العقود مستمرة التنفيذ مطالبا بمساواتها بالعقود الفـــورية مـــن حـــيث الفسخ والاثر الرجعي – تفاصيل ذلك د ياسر الصيرفي– الاثر الرجعي للفسخ في العقود المستمرة _ دار النهضة العربية ١٩٩٨ ص ١٠٥ .

وبتطبيق ذلك على عقود المعلوماتية تظهر لنا المشكلة جلية في نطـــاق عقـــود الخـــدمات حيث إعادة الحال الى ما كانت عليه مـــستحيلة ، فتـــركيب النظام وتجهيزه وتجربته يستغرق مراحل طـــويلة مـــن جمـــع المعلـــومات وتحليلها الى تزويده بالبيانات والبـــرامج وتشغيله وصيانته . وهذه أعمال تحصل على مراحل زمنية منتظمة ومتفق عليها بالعقد ، بالإضافة الى فترة الضمان في العقود النموذجية . (١)

لـــذلك فاول سؤال يطرحه القضاء على نفسه في منازعات هذه العقـــود هـــل الزمن عنصر جوهري في هذا العقد ام لا ؟. (٢) فاذا اقتصر الأمر على البيع والتركيب خلال وقت وجيز كان العقد فوريا ، ولكـــن اذا كـــان التنفيذ على مراحل عدة وكانت كل مرحلة محل اعتـــبار في التنفيذ يمكن ان يتم تكييف العقد على انه من عقود المدة وحين اذ لا يمكن إعادة الحال الى ما كانت عليه بل يتم اللجوء حل العقـــد بالنـــسبة للمستقبل مع الاعتداد بالفترة السابقة ومحاولة إيجاد طريقة او سبيلا لتعويض الطرف الذي لحقه غبنا معينا ، وفي هذا المجـــال رأت محكمة استئناف باريس ان عدم استفادة المستفيد من العمل الذي قام به المتعهد بخصوص برنامج حاسب لم يتعاطى معه

---

(١) يمكن الرجوع الى المطلب السابق من هذه الدراسة .

(٢) د. حـــسن جميعـــي ، مرجع سابق ص١٠٠-١١٨ .و د. محمد منصور مرجع سابق .و،د. خالـــد مصطفى فهمي مرجع سابق ص١١-٢٠ .و د. عادل ابو هشيمة ،مرجع سابق ص٢٩ .

أبدا لابل لم يضعه على أجهزته يدل على ان العقد فوري وليس من عقود المدة ولذلك يجوز ويسهل إعادة الحال إلى ما كانت عليه . [١]

وفـــي نهايـــة هذا المطلب نقول ان تطبيق القواعد العامة بخصوص الأثـــر الرجعي تبقى مشكلة قائمة يصعب على القضاء تطويعها في حالـــة طلب المتعاقد المتضرر نقض او إبطال العقد ، ويرى الفقه[٢] انه يصعب وضع نظرية عامة لمبدأ اعادة الحال الى ما كانت عليه قبل التعاقد . وليس معنى هذا ان يمتنع القضاء عن النظر في طلب إبطال العقود في مثل هذه العيوب ولكن عليه دائما اللجوء الى مبدأ التعويض اذا استحال اعادة الحال الى ما كانت عليه ، او اذا تبين له ان احد الأطراف قد أثرى او استفاد فترة زمنية محددة على حساب الطرف الآخر قبل طلبه لنقض العقد .

---

(١) CA. Paris . 5 ch. 20 Mars. 1985. juris data n 2122 اشـــار اليه د،عباس العبودي مرجع سابق ص ٨٥ .

(٢) د. محمد الغشيم مرجع سابق ص ٢٤٠ ومابعدها .د، ياسر الصيرفي مرجع سابق ص ٢٠٠ وهـــو راي للفقيه Chestin اورده الدكتور نوري خاطر مرجع سابق ص٤٣ موردا توثيقه على النحو التالي :

J.Chestin .Formation de contrat.L G D .1980 p .793

الفصل الثاني

المحل في عقود إعداد البرامج الالكترونية

يعـــرف محـــل الالتزام بأنه الأداء الذي يلتزم به المتعاقد المدين به وعـــادة ما يقال إن محل الالتزام إما إعطاء شيء كنقل ملكية شيء، أو تـــرتيب حـــق عيني على شيء واما القيام بعمل ،كالتزام مقاول ببـــناء منـــزل ، وإما الامتناع عن عمل كالامتناع عن المنافسة غير المشروعة ، (١) وعلى ذلك فالمحل هو العملية القانونية التي أرادها طرفا العقد ، والتي يترتب عليها آثارا والتزامات تتجسد بالقيام بعمل او بالامتـــناع عنه او بأداء معين ، مع اشتراط ان يكون هذا المحل موجـــودا او ممكـــن الوجود ، ومعينا او قابلا للتعيين ، وطبعا في جمـــيع الالتـــزامات لابـــد مـــن ان يكون عين ما التزم به أي من الإطراف مشروعا.(٢)

---

(١) -- د- احمد شرف الدين/ مرجع سابق .ص ٢٠٨ .د. أنور سلطان .مرجع سابق .ص ١٠٥

(٢) يمكـــن استظهار هذه الأحكام من المواد ١٣١-١٣٥ من القانون المدني المصري و ١٥٧-١٦٣من القانون المدني الأردني و١٣٨-١٤٤من مشروع القانون المدني الفلسطيني هذا ويفرق الفقه مابين محل الالتزام ومحل العقد فيقال في محل العقد بأنه العملية القانونية المـــراد تحقيقها من وراء العقد وتخضع لأحكام مغايرة لتلك الأحكام التي يخضع لها محل الالتـــزام ،فقـــد يكون محل الالتزام صحيحا والعقد باطل وذلك لان العملية القانونية التي يرمي إليها يحرمها القانون ،مثل التعامل بتركة مستقبلية

وعلـــى ذلـــك لا يـــشترط فـــي محل العقد إلا ان يكون مشروعا ،على خلاف متطلبات وشـــروط محـــل الالتـــزام كالتعين والوجود او القابلية لهما ، والمواد الواردة في القوانين المدنية هي في الحقيقة تعالج محل الالتزام وهو الذي سنبحثه في هذه الدراسة .

ومحل التزام الإطراف في عقود الإعداد هو البرنامج والبدل ، لذلك فـــان مـــا يهمنا في هذه الدراسة وكما أسلفنا سابقا (ليس البحث في النظـــرية العامة للمحل) ولكن تطبيق هذه النظرية مع ما يستتبعها مـــن قوانـــين على عقود الإعداد . وفي هذه الجزئية تطبيق شروط المحـــل ومستلزماته على هذه العقود ، لذلك سنحاول في هذا الفصل دراســـة محـــل الالتـــزام في هذه العقود وتحديد المقصود بالبرنامج كمحـــل والمحـــددات التـــشريعية والصعوبة التي وجدها الفقه في تعريفه وتبيان مفهومه في مبحث اول ، ومن ثم سنخصص المبحث الثانـــي للـــبدل أو ثمن الأداء الذي يلتزم به المستفيد والذي يعتبر محلا لالتزامه أيضا .

المبحث الأول

البرنامج (كمحل للعقد)

يجـــدر بـــنا قـــبل أن نتطرق لبرامج الحاسب الآلي كمحل لعقد الإعـــداد أن نتعـــرف علـــى المقصود بجهاز الحاسب الآلي (١) أولا والذي لا يعتبر البرنامج ذات قيمه يدونه اذ على ماذا وكيف

---

(١) – الحاسب الآلي computer كان في الماضي يتكون من عناصر كثيرة تشغل حيزا كبيرا .حيث كان أول جهاز كمبيوتر يزن ٣٠طن وتقوم على تشغيله ١٨،٠٠٠ لمـــبة وكـــان يحتاج لمبردات عملاقة ،وفي عام ١٩٥١ تم اختراع جهاز حاسب آلي يـــسمى univaci ،وتطـــورت أجهزة الحاسب وقامت شركة(IBM) بصناعة أجهزة بـــسيطة حتـــى وصـــلت الآن لصناعة أجهزة تعادل في حجمها كف اليد _لمزيد من التفصيل يمكن مراجعة د،محمد فهمي طلبة .الحاسبات الالكترونية حاضرها ومستقبلها _موسوعة دلتا كمبيوتر١ .مطابع المكتب المصري الحديث .القاهرة ١٩٩٢ص ٢٠-٣٥

سـيعل البرنامج ؟ فالحاسب computer هو الملعب الذي يمكن البرنامج كلاعب من الأداء .

يعـرف الحاسـب بأنـه (جهاز الكتروني يستطيع ترجمة أوامر مكتوبة بتسلسل منطقي لتنفيذ عمليات إدخال بيانات data input أو إخراج معلومات information output ،وإجراء عمليات حـسابية أو منطقـية ، وهو يقوم بالكتابة على أجهزة الإخراج output devices أو التخزين ،بحيث يتم إدخال البيانات عن طـريق مـشغل الحاسب operator بواسطة وحدات الإدخال ،واسترجاعها عن طريق وحدة المعالجة المركزية CPU(١) التي تقـوم بمعالجـة البيانات عبر عمليات معينة ثم تتم كتابتها على أجهزة الإخراج (شاشة أو طابعات)(٢) .

وفـي تعريف أكثر سهولة قيل في الحاسب الآلي (انه مجموعة أجهـزة متكاملة مع بعضها بهدف تشغيل مجموعة من البيانات المدخلة بموجب برنامج مثبت للوصول إلى النتائج المطلوبة)(٣)

ويـضاف هـنا أن جمـيع العمليات التي يقوم بها الحاسب تتم بسرعة مذهلة ،تكاد لا تستغرق ثوان معدودة ،فالحاسب إذن هو جهاز يوجد عليه/ :

---

(١) CENTRAL PROCESSING UNIT -

(٢) د.عـلاء الـدين فهمـي وآخـرون ،الموسوعة الشاملة لمصطلحات الحاسب الالكتروني ،مطابع المكتب المصري الحديث ١٩٩١ حرف C ص١٠٨ .

(٣) - د. طاهـر الشيخ ، مقدمة في الحاسب الآلي ، مركز الحاسب الآلي ،جامعة عين شمس ١٩٩١

أولا / مكونات مادية تسمى Hardware وتقسم إلى:ـ

١- وحدة التشغيل الرئيسية Processing Unit وهي عقل الحاسب وتتكون من الذاكرة الرئيسية ووحدة التحكم ووحدة الحساب والمنطق وفي مجموعها تشكل وحدة المعالجة المركزية. (١)

٢- وحدات الإدخال والإخراج . Input/Output Unit وهي تستخدم في إدخال البيانات والمعلومات إلى وحدة التشغيل المركزية وإخراجها حتى يتمكن المستخدم من الانتفاع بها بعد المعالجة (٢) طبعا وتضم كثيرا من أجهزة التحكم والضبط والتوابع مثل الشاشات والفارة (mouse) وإذا شئت الماسح أو الناسخ (scanner) ..الخ .

٣- وحدات التخزين storage devices واهم جزء فيها هو وحدة الأقراص الصلبة Hard disk وهو ما يطلق عليه المشتغلون بهذا المجال (الفنيين) القرص الثابت [٣]وفي لغة محلات بيع وصيانة أجهزة الكمبيوتر (C) حيث يتميز بسعته التخزينية الكبيرة جدا بحيث يعتبر هو مخزن البرامج

---

(١) د.محمد فهمي طلبة .مرجع سابق ،ص٣٥-٥٩ .و،د. عزة خليل مرجع سابق ص ٢٢-٢٥ ويمكن مراجعة Wetherb James and Kickson Gary –management of information system McGraw-Hill New York,1984 – p 55

(٢) د. عزة خليل مرجع سابق ،ص ٢٣

(٣) د. علاء الدين فهمي وآخرون _دائرة معارف الحاسب الآلي موسوعة دلتا كمبيوتر- مرجع سابق ٣ ص٦٣.

والمعلـــومات ، ويتـــبع وحدات التخزين الصلبة أو الثابتة وحدة للأقـــراص المرنة أو المتحركة (أي يمكن إدخالها وإخراجها من جهـــاز الحاســـب) وهـــي تعتبر اشهر وسائل التخزين [1] والتي تكون متاحة للمستفيد دائما .

ثانيا/ المكونات غير المادية أو (المنطقية) البرامج Software

تمـــثل بـــرامج الحاســـب الآلـــي العنصر غير المادي في الحاسب (الكمبيوتر) وبمعنى أوسع أو أدق هي الكيان غير المنطقي في نظم المعلومات[2]. وتشكل مجموعة من الأوامر والتعليمات المعدة من قبل مبـــرمجين متخصـــصين والتي تستخدم في مراقبة وتشغيل وإدارة جهـــاز الحاســـب الآلي . وكذلك للقيام بوظائف محددة ،والقيام على حـــل مشكلات معينة أو وضع الخطط المناسبة لها [3] وهذه البرامج هـــي مجـــال بحثـــنا فـــي الجزء الأول من محل عقد الإعداد وهو البرنامج .

---

(١) -تسمى Floppy Disk وحاليا يوجد قرص مضغوط يسمى CD والذي تساوي ســـعته ملايين المرات أكثر من ال Floppy. يمكن الرجوع إلى الموسوعات المشار اليها أعلاه كذلك يمكن الرجوع إلى – فان ولفرتون – تشغيل أنظمة الكمبيوتر – ترجمة مركز التعريب والبرمجة .الدار العربية للعلوم بيروت ١٩٩٥ص ٤٥ .

(٢) د. خالـــد مـــصطفى فهمي .الحماية القانونية لبرامج الحاسب الالي _دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ٢٠٠٥ .ص ٩ .

(٣)- في هذا المعنى يمكن مراجعة .د، حسام لطفي ،مرجع سابق ص٧ .و.د.محمد فؤاد غنيم وآخرون –أساسيات الحاسب الآلي ونظام التشغيل _ كلية العلوم جامعة طنطا ٢٠٠٤ ص ١١٦ .

والبرنامج يعرف لغويا بأنه تعليمات مكتوبة بلغة معينة ،موجهة إلى جهـــاز تقنـــي معقـــد يسمى حاسب آلي بهدف الوصول إلى نتيجة معيـــنة.[1]، ويرى البعض ان البرنامج مصطلح يستخدم للدلالة على جميع المكونات غير المادية لنظام الحاسب الآلي ، وباختصار يعني ذلـــك كافـــة العناصـــر غيـــر الماديـــة اللازمة للتعامل مع الجهاز ومجمـــوعة الوثائق والقواعد المتعلقة بتشغيله ليتعامل مع المعطيات الموجودة بهدف المعالجة الآلية للبيانات والمعلومات [2]

امـــا مـــن الناحية القانونية أو التشريعية فقد عرف القرار الوزاري المصري رقم ٨٢لسنة ١٩٩٣ برامج الحاسب الآلي بأنها (مجموعة تعلـــيمات يعبـــر عنها بأي لغة أو رمز متخذة أي شكل من الأشكال يمكـــن استخدامها بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في الحاسب لأداء وظـــيفة أو الوصـــول لنتيجة ،سواء أكانت هذه التعليمات في شكلها الأصلي أو في أي شكل آخر تتحول إليه بواسطة الحاسب .[3]

---

(1) Clion Tapper .Computer Law. Long Man, Forth Edition,. London and New York . 1999 .p 29

(٢)- د . شـــحاتة غريب شلقامي ،الحق الأدبي لمؤلف برامج الحاسب الآلي ، دار النهضة العربية –القاهرة ٢٠٠٤. ص١٨.

(٣) قـــرار وزيـــر الثقافة المصري منشور في الوقائع المصرية عدد١٠٤مايو١٩٩٣.ومما يذكر هنا ان المشرع المصر قد نأى بنفسه عن تعريف برنامج الحاسب الآلي في القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ الخاص بحماية حقوق الملكية الفكرية بحيث انه في المادة ١٤٠ منه قد منحه الحماية تحت بند حقوق المؤلف دون ان يضع تعريف له .منـــشور في الجـــريدة الرسمية عدد٢٢مكرر ٢٠٠٢/٦/٢ هذا وقد عرفه القانون الإماراتي بـــشان المعـــاملات والـــتجارة الالكتـــرونية رقـــم ٢لسنة ٢٠٠٢ بأنه مجموعة بيانات= =اوتعلـــيمات تستعمل بطريق مباشرة أو غير مباشرة في نظام معالجة معلومات الكتروني لغرض إيجاد أو الوصول لنتائج محددة .

هــذا وقــد عرفت المنظمة العالمية للملكية الفكرية Wipo برامج الحاســب الآلي بأنها(مجموعة تعليمات يمكنها إذا نقلت على ركيزة بحــسب نوعها أن تساعد في الوصول إلى نتيجة معينة عن طريق آلة يمكنها القيام بالتعامل مع المعلومة محل المراجعة (١) .

وقــد عــرف القرار الوزاري الفرنسي الصادر في ١٩٨١/١٢/٢٢ برامج الحاسب الآلي بأنها مجموعة من الخطوات والإجراءات التي تهدف إلى تشغيل نظام متكامل لأنظمة معالجة المعلومات وتوظيفها وفقا للغرض الذي تم من اجله وضع نظام هذا البرنامج (٢)

ويطلق العاملون في مجال الحاسبات الالكترونية على الكيانات غير الماديــة نفس المصطلح الإنجليزي software ويقولون عنها بأنها أوامــر مــرتبة منطقيا تتوجه إلى جهاز حاسب بعد صياغتها بلغة وحيدة يفهمها الحاسب وهي لغة الأرقام الثنائية Binary Code(٣).

---

(١) - موقــع المــنظمة العالمية للملكية الفكرية على الانترنت www.wipo تحت بند اقتــراح بــشان اتفاقية دولية لحماية برامج الحاسب الآلي protection of software- wipo .1994 ص ١٣

(٢) د.خالد مصطفى فهمي .مرجع سابق ص ١٣ .

(٣)- Binary Code أو الشيفرة الثنائية لغة يتم بها تمثيل الحروف بأرقام ،هذه الأرقام تأخــذ إحدى قيمتين ١اوصفر ويتم تمثيل الحروف والأرقام بمجموعات من الأرقام الثنائية لمخاطــبة الحاســب وجعلــه يفهم ماذا يريد المستخدم . د، هاني كمال مجدي وآخرون – المرجع الشامل لنظام التشغيل Dos – موسوعة دلتا كمبيوتر ٣
مطابع المكتب المصري الحديث / القاهرة ١٩٩٢ ص ١٨٨.

ومن خلال ما سبق وبعد أن تعرفنا على ماهية البرنامج ومدى دقته كمحل لعقد الإعداد سنحاول الآن دراسة ومناقشة شروط المحل في النظـرية العامـة للعقد وتطبيقها على البرنامج كمحل لعقد الإعداد، حـيث يفترض لقيام هذا العقد وجود المحل وتعينه وعليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نبحث في الأول وجود المحل وفي الثاني تعينه.

المطلب الأول

وجود البرنامج

لـم يتطـرق المشرع المصري لا في قوانين حقوق المؤلف ولا في القانـون المدني لهذا المحل ،وكذلك فعل المشرع الأردني (١) لذلك فـان أول الشروط التي تستشف من التشريعات المدنية في النظرية العمة هي إمكانية توافر (تواجد) المحل (البرنامج) وعد اعتباره من الأمور المستحيلة والا كان العقد باطلا.(٢) فقد احل القانـون المـتعهد مـن التـزامه إذا كان البرنامج محل التعاقد من المـستحيل إعـداده ، ولا يخفى أن المقصود بالاستحالة هنا حسب القانـون هي الاستحالة المطلقة التي لا يمكن زوالها ،ولا احد يملك القـدرة علـيها ،ممـا يـستوجب ذلك عدم القدرة نهائيا على إعداد

---

(١) – ولـم يرد أي ذكر له في مشروع القانون المني الفلسطيني أو المشاريع و القوانين ذات الشأن .

(٢) –المـادة ١٣٢مـن القانون المدني المصري (إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته وقـت التعاقد كان العقد باطلا) تقابل المادة ١٥٩ مدني أردني والمادة ١٤١ من المشروع الفلسطيني.

البـــرنامج أي عـــدم القـــدرة علـــى اخراجة إلى الواقع التطبيقي و العملي(١).

ولكـــن اذا كانت هذه الاستحالة نسبية أي يمكن السيطرة عليها عبر زيـــادة الخبـــراء أو عبر بذل جهد اكبر أو دراسات أكثر فان ذلك يجعـــل إمكانية كون هذا البرنامج الذي ستحال على جهة اوشخص يعيـــنهما محـــلا صـــحيحا للعقد مع غيرهما ،كان تكون مثلا عملية إعداد برنامج بإحدى لغات الكمبيوتر مستحيلة على شخص ما لعدم درايـــته بهـــذه اللغة وتشكل أمرا اعتياديا لشخص آخر قادر ويعمل دومـــا علـــى الإعداد بهذه اللغة فيكون المحل مستحيلا على الأول ويبطل عقد وصحيحا ومقبولا من الثاني .أو أن يكون المستفيد طلب بـــرنامج للقـــيام بتصليح الأخطاء التي تظهر في برامج معينة لديه ولأول وهلة تبين للشركة أو المبرمج أن هذا البرنامج مستحيل عمله ،ولكـــنها بعد قيامها بدراسات معينة واستشارة الخبراء تبين لها ان هـــذا البرنامج (مطلب المستفيد) هناك إمكانية كبيرة لبلورته وعمله وبذلك تنقلب الاستحالة إلى ممكن مما يستتبع معه صحة العقد وعدم بطلانه(٢)

ولمناقشة قضية تواجد المحل أو إمكانية وجوده وقابليتها لا بد أن نعي أن البرامج كمحل لهذا العقد تمر في إنشائها بعدة مراحل ،

---

(١) د. ســـليمان مرقص، نظرية العقد ،مرجع سابق ص ٢٥٣ . والمذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ج١ مرجع سابق ص١٦٢

(٢) فـــي نفـــس هـــذا المعنـــى .د ، خالد حمدي عبد الرحمن ،الحماية القانونية للكيانات المنطقية،رسالة دكتوراة جامعة عين شمس ١٩٩٤ ص٣٥٠ وما بعدها

تـبدأ فـي اللحظـة التي يحدد فيها مؤلف البرنامج المواصفات والاحتـياجات المطلوب تواجدها في البرنامج المطلوب إعداده ، ومـن ثـم يقـوم بتحليل الأفكار والنتائج ووضع التصميم الفني للبرنامج ،بحيث يقوم بتدوين المعادلات وترجمتها كما اسلفنا من اللغـة العاديـة إلـى لغة الآلة ،بما يسمح للآلة بالتعرف عليها وقبولها وتحويلها إلى معادلات مكونة من وحدات من رقمين هما (الصفر و الواحد) لكي يتمكن جهاز الحاسب من التعامل معها ، ومـن ثـم يقوم المبرمج بنقل البرنامج إلى دعامة مادية (قرص مرن أو قرص مضغوط ..الخ) وبعد ذلك يقوم بتدوين ما قام به على وثائق يتم إرفاقها دائما مع البرنامج ، بحيث تساعد في فهم طبيعـته وكيفية عمله وتنزيله على الجهاز ،وكذلك تشكل سندات ملكـية بنسبته إلى مؤلفه.(١) وهذه البرامج تقسم إلى نوعين وذلك بالنظر إلى وظيفتها وطبيعة أدائها النوع الأول يطلق عليه برامج النظام (التشغيل) والثاني يسمى برامج التطبيق

أولا / بـرامج التشغيل : System program/ software(٢)

وهـي البرامج اللازمة لتشغيل أجهزة الحاسب ،أي تشغيل نظم الجهـاز وتقـوم أيـضا على الربط بين الجهاز وبين الأجهزة الأخـرى الملحقـة به ،حيث ان المستخدمين لا يمكنهم التعامل

---

(١). د، حـسن جميعـي ،مرجع سابق ص١٤ وما بعدها .د، خالد حمدي عبد الرحمن ،مرجع سابق ص١٠٤

و .د، السيد عمران محمد عمران -مرجع سابق ص٥٠ وما بعدها .

(2) Stephen Fishman ,Legal Guide to Web & Software Development ,NOLO ,California, ,5th edition,2007. p.12.

مباشـــرة مـــع الحاســـب ولكن يتم هذا التعامل من خلال برامج التشغيل ، والتي تساعد بالتحكم بالجهاز وتساعد على قيامه بأداء وظائفه الأكثر عمومية التي ليس لها علاقة بالإغراض الخاصة بالمـــستخدمين (١) وذلك مثل برامج التشغيل Windows التي تصدرها شركة Microsoft أو برامج التشغيل Machintosh التي تنتجها شركة Appleالبريطانية. (٢)

وتكـــون هذه البرامج عمومية أي مستقلة عن أي تطبيق معين ،فهي مفـــتاح يخدم برامج التطبيق ،فمثلا عند تشغيل جهاز الحاسب يقوم برنامج Windows بتجهيز الأجهزة والمكونات للعمل ، وإذا أردت مثلا إضافة برنامج تطبيقي إلى جهازك ولنقل مثلا قاموس فرنسي / عربـــي فيقوم برنامج التشغيل windows بالتعامل معه وإيجاد حيز له ونسخه علي أي موقع في الجهاز تريده وحفظه ...الخ

وقـــد اعتبـــر البعض ان مثل هذه البرامج جزء من الأجهزة ،إذ يتم تثبيـــتها على الذاكرة الرئيسية الدائمة في اللوحة المركزية في جهاز

---

(١) د، خالد مصطفى فهمي ،مرجع سابق ص٢١ ، د.عزة خليل، مرجع سابق ص٣٣. د، عـــلاء الـــدين فهمي وآخرون _عالم الجداول الالكترونية _ موسوعة دلتا كمبيوتر ٤ ، مطابـــع المكـــتب المـــصري الحـــديث ١٩٩٢ ، ص٢٦. د، هاني كمال مهدي وآخرون ،المرجع الشامل لنظام تشغيل Dos، موسوعة دلتا كمبيوتر ٣ ، مرجع سابق ص٩-١٥ .

(٢) تعتبـــر هذه الشركات من كبريات الشركات في العالم في مجال البرمجة وأوسعها انتـــشارا ، وهذه البرامج من الأهمية بمكان بحيث يعتبر جهاز الحاسب بدونها مجرد حيز معدني لا يغني ولا يسمن من جوع وشاشته مجرد مجال الكتروني ينتظر أمرا فقط لا غير . فـــي هذا المعنى يمكن مراجعة.د ، محمد سامي عبد الصادق – حقوق مؤلفي المصنفات المشتركة- رسالة دكتوراة ، جامعة القاهرة ٢٠٠٠ص ٤١٤ .

الحاسب (١) ،ويمكن إدخال هذه البرامج إلى القرص الأساسي للحاسب Hard disk مباشرة عن طريق نسخها ، ومما يلاحظ أن هذه البرامج متاحة للجميع وتباع مع الحاسب وتطرح في الأسواق ليس بناء على طلب من احد لذلك تم اعتبارها مت ملحقات جهاز الحاسب الأساسية (٢) أو كما أسلفنا في رأي آخر تعتبر من ضمن الأجهزة التابعة للحاسب

وعلى ذلك فان هذا النوع من البرامج اذا ورد كمحل للعقد فانه دائما موجود ومتوفر ويجوز التعاقد عليه لإبل أصبح من البديهيات الملحقة ببيع جهاز حاسب

آلي أيا كان نوعه، فقد أصبح من التقليدي أن يلحق به برنامج التشغيل.

ثانيا / برامج التطبيق Application programs software

وهذه البرامج يتم تصميمها لأداء وظائف معينة أو محددة بعينها حيث لا يمكن تنفيذها من قبل برامج التشغيل ،لذلك تم إنشاء وابتكار هذه البرامج لأداء الغرض

الذي أنشأت من اجله ، مثل القيام بعمل معين أو الوصول إلى نتائج معينة ومحددة ، وطبعا تعمل هذه البرامج بإمكانيات الحاسب ،

---

(١) د. حسن جميعي ، مرجع سابق ص ١٨ . و.د، محمد احمد فكيرين ، أساسيات الحاسب الآلي _دار الراتب الجامعية ، بيروت ١٩٩٣ .ص ١٤٥ .

(٢ الأستاذ ، فليب لوتورنو ، Ph..Letourneau. Tresbreves observation .Jcp.1982.1.3078

أشار إليه ،د ، حسن جميعي مرجع سابق ص ٣١ .

وبالـــذات إمكانيات برامج التشغيل وإمكانيات المستخدم الذي يعمل عليها ويزودها بالبيانات والمعلومات .(١) وتقسم برامج التطبيق إلى نوعين أيضا وهما :_

١- بـــرامج تطبـــيق نمطـــية : وهي برامج تطبيقية موحدة تم تجهيزها وبرمجتها ومن ثم طرحت للتداول لكي يستفيد منها عـــدد كبيـــر مـــن المستخدمين ،بحيث تكون متماثلة وتعالج مشكلات بعينها (محددة) ويتم عرضها للجميع في الأسواق ، على اعتبار ان العمليات التي تستطيع هذه البرامج القيام بها هـــي مـــن العملـــيات النمطية (٢)، مثل برنامج Internet explorer مـــثلا والمعد كي يساعد على الربط مع الشبكة الدولـــية للمعلومات (الانترنت) مع نظام برنامج التشغيل في الحاســـب . أو بـــرامج ال Word وذلـــك لمعالجة الكلمات والطـــباعة أو أجـــندة المواعيد الالكترونية، أو برامج رسم الخـــرائط للمهندسين، أو برامج قواميس نمطية مثل الوافي الذهبي...الخ.

٢- بـــرامج تطبيق خاصة :_ وهي برامج يتم إعدادها بناء على عقـــد مـــع مستخدم معين للقيام بأعمال ووظائف خاصة به

---

(١)- د. محمد حسام لطفي ، مرجع سابق ص ١٧-٢١، وموسوعة دلتا كمبيوتر ٣،مرجع سابق ص٢٠-٢٥

وموسوعة دلتا كمبيوتر٤، مرجع سابق ص ٣٠ .

(٢)- يمكـــن مـــراجعة نفس المراجع المشار إليها أعلاه وبنفس ترتيب الصفحات المشار إليها أيضا .

وفي ضوء احتياجاته ووفقا للغاية المراد تحقيقها من تشغيلها (١). أي أنهـــا تعد بناء على رغبة المستخدم ، فهذه البرامج بالنظر إلى طبيعتها لا يمكن أن تتوفر بشكل نمطي لأسباب عدة أهمها طبيعة الغرض أو الهدف الذي يجب أن تؤديه .

والأمـــثلة على هذه البرامج كثيرة ،كان يطلب مدير إحدى الشركات من شركة برمجة معينة إنشاء أو تصميم برنامج خاص بالعمال في شـــركته ،أو ان تطلـــب الدولة عبر إحدى وزاراتها برنامج خاص بالانتخابات أو بالتعداد السكاني .

أمـــا بخـــصوص شـــرط الوجـــود في هذه البرامج فبالنسبة لبرامج التطبـــيق النمطـــية، فينطبق عليها ما قلناه في برامج التشغيل ، أما بخصوص برامج التطبيق الخاصة فهي التي تشكل مجالا للبحث في قضية الاستحالة من عدمها أو قضية الاستحالة النسبية، كذلك هي ما ينطبق عليها إمكانية الوجود حسب ما أسلفنا سابقا، فلو كان البرنامج غيـــر موجود مثلا ولا يمكن وجوده في المستقبل لعدم قدرة المتعهد على إنتاجه ،فان العقد يكون باطلا لعدم إمكانية وجود المحل .

ولو تعاقدت شركة مع مستفيد على إنشاء برنامج معين لأداء غرض معـــين ، فتبين للشركة أن أجهزة المستفيد غير قادرة على استيعاب وتـــشغيل البـــرنامج ،ينعقد العقد صحيحا وتلتزم الشركة بالتعويض علـــى المـــستفيد وذلك لتقصيرها ،فقد كان بامكانها كشركة محترفة

---

(١)- د . حسن جميعي مرجع سابق ص٢٠ ، د، عزة خليل ، مرجع سابق ص٣٣. د، خالد مصطفى فهمي .مرجع سابق ص ٢٢.

ومـــن السهل عليها أن تعلم بعدم جاهزية وقدرة جهاز الحاسب لدى المستفيد على تشغيل البرنامج . ([1])

ولابد من القول في نهاية هذا المطلب أن المشرع لم يفرق بين أنواع البـــرامج التـــي تـــصلح محلا للعقد ،ونستشف ذلك من ان القوانين المختلفة في هذا المجال تجعل من جميع برامج الحاسب الآلي تستفيد مـــن الحماية القانونية ، سواء كانت برامج تشغيل تهدف إلى تنظيم التـــشغيل الـــسليم للنظام ألمعلوماتي ،أم كانت برامج تطبيق بنوعيها نمطـــية أو خاصـــة ، فكلهـــا تخضع لنفس مفهوم البرنامج وطرق حمايته في القوانين ذات الشأن ([2]) .

فـــنجد ان المـــشرع الفرنـــسي في تعريفه لبرامج الحاسب الآلي في قانـــون (٣يولـــيو لـــسنة ١٩٨٥) بشان تعديل القانون رقم ١١لسنة ١٩٥٧الخاص بحماية حقوق الملكية الفكرية قد عرف برامج الحسب الآلي (بانها كافة العناصر غير المادية اللازمة

للتعامل مع الجهاز،أي مجموع البرامج والمناهج والقواعد والوثائق المـــتعلقة بتـــشغيل مجموع يتعامل مع المعطيات). ([3]) وهذا ما يدل

---

(١) – فـــي هـــذا المعنـــى .د، شحاتة غريب ،مرجع سابق ص٢٢-٤٠ و،د. جمال عبد الرحمن محمد علي –الخطأ في مجال المعلوماتية – ط٢ مطبعة كلية العلوم جامعة القاهرة/ بني سويف ٢٠٠٢، ص ٦٥ وما بعدها

(٢) – تـــنص المـــادة ١٤٠ من القانون المصري رقم ٨٢لسنة ٢٠٠٢ الخاص بحماية حقـــوق الملكـــية الفكـــرية على (تتمتع بحماية هذا القانون حقوق المؤلفين على مصنفاتهم الأدبـــية والفنية وبوجه خاص المصنفات الآتية ....،٢- برامج الحاسب الآلي ...) وهذا يؤكد ان القوانين ذات الشأن لم تفرق بين نوعي البرامج كمحل للعقد .

(٣)– وهـــذا ما عاد وأكد عليه المشرع الفرنسي في تعديله لهذا القانون في المادة الثالثة مـــن قانـــون ١٠ مايو لسنة١٩٩٤ ،والذي قرر فيه حماية البرامج بقانون حق المؤلف

علـــى أن المشرع سواء في مصر أو في فرنسا لم يفرق بين أنواع البرامج التي تصلح محلا للعقد.

وفي نظرة عملية لعالم البرامج والاجهزة نلاحظ ان برامج التشغيل للاجهـــزة متعددة في وقتنا الحاضر ،ويمكن لاي مستخدم الاستعانة باي برنامج يختاره ، طالما كان متوافقا مع التجهيز الفني للجهاز . (١) ويؤكد ذلك التطور الحالي والحاصل في انتاج الاجهزة والبرامج ، والـــذي قـــاد بالفعـــل إلى الفصل بين الأجهزة والبرامج الأساسية اللازمة لتشغيلها ، فما بالك بالبرامج النمطية الخاصة ، أو التي يتم تـــصميمها بـــناء علـــى طلب المستفيد ، ويستشهد الخبراء في هذا المجال بان برامج Windows وهي اللازمة لتشغيل اجهزة IBM فقد أصبح البائع الان لا يستطيع إلزام المشتري بشرائها مع الجهاز ، فمن الممكن ان يشتري المستخدم أو

المستفيد الجهاز ويضع عليه أي نسخة قديمة من برامج ويندوز أو حتى يقوم بتشغيله عبر استخدام برامج dos. (٢)

وعلى جانب آخر فقد أكد القضاء أن القانون لا يفرق بين أنواع البرامج التي تصلح محلا للعقد من حيث الطبيعة أو الغرض من الإنـــشاء أو الحمايـــة،ففي قضية مشهورة تتعلق بنزاع وقع على برامج تطبيقية أنتجتها شركة Apple

---

دون أن يفـــرق بـــين أنواع البرامج ، يمكن مراجعة د، خالد حمدي عبد الرحمن –مرجع سابق، ص ٢٥٦ .

(١) المستـــشار،د ،فاروق الحفناوي ، موسوعة قانون الكمبيوتر ونظم المعلومات . ج١ مرجع سابق ص ٣١٥

(٢) د، حسن جميعي ، مرجع سابق ،ص ٢٨ .

قررت محكمة باريس الابتدائية (انه بالرغم من التكنولوجيا التي تسمح بالوقت الحالي بإدخال برامج الحاسب الآلي في ذاكرة جهاز الحاسب إلا أن هذا لايؤدي إلى تغير في طبيعة هذه البرامج ووصفها القانوني ، وعلى ذلك ومن حيث الجوهر ،فلا يمكن القول بوجود اختلاف في الطبيعة القانونية بين برامج التشغيل الأساسية والبرامج التطبيقية يسمح باختلاف النظام القانوني الذي يحكم العلاقات الناجمة عن تداولها أو التعامل عليها) . (1)

كل ذلك مما يؤكد أن البرنامج هو البرنامج في نظر التشريعات الحديثة والقضاء على حد سواء مهما كان الغرض من إنشاءه ،طالما هو قائم على نفس تلك الخطوات اللازمة للبناء أو يدور في فلكها ، وطالما هو احد مبتكرات مؤلفه ،وطالما هو يساعد في القيام أو إتمام عملية معينة ، فهو في نظر القانون برنامج حاسب فقط لاغير ، يصلح محلا للعقد إن وجد أو توفرت إمكانية وجوده .

وهذا مما يسهل علينا تحديد طبيعة هذا العقد من حيث تعيين محله كشرط آخر من شروط المحل وهو ما سنبحثه في المطلب الآتي .

---

(1) T.GI.Paris.21.spt.1983.D.1984.Jur.p77.not.C.H.L.e.stanc .D.1985.IR.Obs.j.Huet. .JCP.1984.II.2029.note J.M.Wagre مشار حكم اليه عند ،د، محمد حسام لطفي _الملكية الفكرية وبرامج الحاسبات ، مرجع سابق ص ١٠١ . وعند ،د حسن جميعي ، مرجع سابق ص ٢٨ . وكذلك يمكن مراجعة : Stephen Fishman ,Legal Guide to Web & Software Development ,P.R.p173

المطلب الثاني

وجوب تعيين البرنامج ومواصفاته

يجب تعيين المحل عند التعاقد تعيينا نافيا للجهالة والا انعقد العقد باطلا، ولكن تنص المادة ١٣١ من القانون المدني المصري في فقرتها الأولى على انه (يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا) (١) ، والتعيين هنا يعني بيان مضمون المعقود عليه ، ويكون ذلك بالإشارة المفصلة إلى المحل أو بتحديد أوصافه بما تنتفي معه الجهالة الفاحشة ، في حالة ما إذا كان غير موجود . (٢)

ولكن ليس من الضروري تحديد المحل وتعيينه لحظة إبرام العقد ،إذ يكفي حسب القانون ان يكون قابلا للتعيين ،على أن يكون تعيينه فيما بعد ، ولكن شرط أن لا تترك مهمة تحديد وتعيين المحل لسلطة احد المتعاقدين .

ويقودنا البحث في تحديد محل الالتزام عندما يكون برنامجا من برامج الحاسب الآلي إلى القول انه بالنظر إلى حداثة العهد بالتنظيم القانوني لبرامج الحاسب الالي فقد اختلف الفقه وتنازعه الكثير من

---

(١)- تقابلها المادة ١/١٦٠ من القانون المدني الأردني وتطابق المادة ١/١٤٣ من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

(٢) - يمكن مراجعة المادة ١٣٣.مدني مصري ، والمادة ١٦١،مدني أردني وهما يقابلان المادة ١٣٩مشروع مدني فلسطيني .

الأفكـــار بـــشان تعيـــين أنواع العقود التي يمكن أن يتم تداول هذه البرامج من خلالها وتحديد طبيعتها القانونية . (١)

وفـــي محاولـــة الإجابة على هذا السؤال نقول ان قيام المنتج بوضع بـــرنامجه تحـــت تصرف المستفيد لا يخرج عن التكيفات القانونية المعروفة في القانون المدني

فقـــد يكـــون هذا العقد عقد بيع ،وبالتالي نعود إلى الطبيعة القانونية لعقد البيع

فـــي بـــاب العقود المسماة، لنعرف شروط تعيين المحل، وفي هذه الحالـــة يكون منتج البرنامج بعد أن صممه واعده قد طرحه للبيع ، وسواء تم ذلك بواسطته نفسه ، أم قام بالبيع موزع يعمل لحسابه ، والأمثلة على هذه العملية كثيرة في الأسواق ، وذلك مثل برامج ال Word سواء لمعالجة الكتابة أم للترجمة أم للإحصائيات (٢)

---

(١)- يـــرى جانـــب من الفقه ان هذه تشكل عقود بيع واتجه جانب آخر إلى اعتبارها عقـــود مقاولة وجانب آخر اعتبرها عقود ترخيص بالاستعمال وجانب رابع اعتبرها عقود إيجـــار ..الخ وطبعا لتحديد ذلك يجب العودة إلى التزامات الأطراف وطبيعتها لنهتدي إلى أي عقد هي اقرب وذلك بعد دراستها مقترنة بظروف التعاقد علما بان الرأي الراجح عند اغلـــب الفقه المصري أنها اقرب إلى عقود المقاولات وخصوصا عند الحديث عن برامج نمطـــية خاصة. يمكن مراجعة د.محمد حسام لطفي. عقود خدمات المعلومات.مرجع سابق ص٤٥-٩٠ .و،د،حـــسن جميعـــي .مـــرجع ســـابق ص ٢٠ وما بعدها.و،د. السيد محمد عمران.الطبيعة القانونية لعقود المعلومات.مرجع سابق ص٥٥ وما بعدها .

(٢) - موسوعة دلتا كمبيوتر ٢، مرجع سابق ص ٤٢١ .

وقـد يكون التصرف مقاولة (١) وهي برامج تصنع خصيصا ويتم تفـصيلها لمستفيد معين تخدم نشاطا خاصا به فقط . كان يتم الطلب مـن منتج معيين ببناء برنامج يخدم منشأة سياحية بعينها ، أو شركة بترول بعينها ...الخ .

ورغـم ان مجـال بحثنا ليس دراسة ماهية تصنيف عقد الإعداد أو لأي عقـد مـن العقود الكبيرة (المسماة) يمكن أن يخضع،إلا انه لا مـندوحة مـن القول أن الطبيعة الخاصة للبرامج ،باعتبارها محلا للتـصرف ،وكونها أداء معنويا (٢) ،أثارت الكثير من الخلاف فيما يتعلق بمدى صلاحيتها لتكون محلا لعقد المقاولة . (٣)

إلا أنـنا نـستطيع أن نقرر أن الفقه والقضاء يكادان يجمعان على صـلاحية البـرامج لـتكون محلا لعقد مقاولة، من منطلق أن عقد المقاولـة يـرد على عمل أو على صنع شيء، والبرنامج هو العمل

---

(١) - يطلـق العاملـون في مجال الحاسوب عليها مصطلح Tailored softwareأي برامج التفصيل. يمكن مراجعة فاروق الحفناوي، عقود البرمجيات، مرجع سابق ج٢ ص ٣١٥.

(٢) - يمكـن الـرجوع إلـى المادة ١٤٠ من القانون المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ الخـاص بحمايـة حقوق الملكية الفكرية، منشور بالجريدة الرسمية عدد٢٢مكررفي٢/٢/ ٢٠٠٢.وهو ما يتوافق مع التوجه الأوروبي باعتبار برامج الحاسب من المصنفات الذهنية الخاضـعة للحماية المقررة في تشريعات حماية حق المؤلف في الدول الأوروبية الصادر فـي ١٩٨٩/١/٥ ،وقـد صدر تعديلا له يؤكد هذه الحماية في مايو ١٩٩٤ .وكذلك يمكن الرجوع إلى المواد من ٢-١٢ من قانون حماية حق المؤلف الأردني رقم ٢٢لسنة ١٩٩٢ ،منشور بالجريدة الرسمية عدد٣٨٢١بتاريخ ١٩٩٢/٥/١٦ .حيث أكدت وأجمعت كل هذه القوانين أن المؤلف (المصنف) أداء معنويا خاضعا للحماية بموجب قوانين حقوق المؤلفين على مؤلفاتهم ومصنفاتهم...الخ .

(٣)- د.حسن جميعي - مرجع سابق. ص ٨٥-١٠٦

الذهنـــي للمبـــرمج (المؤلـــف) وهو بذلك عمل (١)، ولكنه عمل ذو طبيعة معنوية (٢)

وحتى يخرج هذا الكيان إلى الوجود فهو يحتاج من المنتج إلى عمل ذهنـــي شـــاق ،لابـــد له من معطيات يقوم رب العمل بتسليمها إلى المبـــرمج أو المنـــتج (خبيـــر البرمجة) ، وللتوضيح نضرب المثال التالـــي لنفـــرض أن المستفيد (رب العمل) تعاقد مع المنتج أو(خبير البرمجة) على أن يعمل له الأخير نظام معلوماتي لإدارة فندق مثلا ،فـــيجب ان يقـــدم لـــه بيانا بالغرف والأقسام والعاملين والرواتب والموجـــودات ..الـــخ ،حتى يستطيع المنتج ان يقوم بإعداد البرنامج المطلـــوب للوفاء بالغرض المعين، وهذا الإعداد للبرنامج هو عمل ،فان قام به المنتج أو خبير البرمجة مستقلا عن أي تبعية أو إشراف مـــن قبل رب العمل (المستفيد) ،في مقابل اجر فانه وبلا أدنى شك يكون عقد مقاولة ،أي تكون هذه العملية جميعها هي عين المقاولة . (٣) وان الاختلاف هنا فقط يتلخص في كون المحل لهذه المقاولة هو ذو طبيعة معنوية أو ذو طبيعة خاصة.

---

(١)- د. الـــسيد محمد عمران –الطبيعة القانونية لعقود المعلومات – مرجع سابق،ص ٥٥ ومـــا بعدها . د.شحاتة شلقامي- برامج الحاسب والقانون – مرجع سابق،ص ٦٥ وما بعدها .

(٢)- من هنا جاءت تسميته كيان منطقي .

(٣)- انظـــر المـــادة ٦٤٦من القانون المدني المصري والمواد ٧٨٠و٧٨١من القانون المدني الأردني والمواد ٨٠٠و٨٠٢ من مشروع القانون المدني الفلسطيني. ويمكن مراجعة كل من.د، محمد لبيب شنب – شرح أحكام المقاولة – دار النهضة العربية. القاهرة ١٩٦٢

وعلـــيه يمكـــن تلخـــيص هذه العملية أن محل هذا العقد هو القيام بوضـــع التـــصاميم الفنـــية وإنتاجها للخروج ببرنامج حاسب يخدم أغـــراض خاصـــة بالمستفيد. وهو الشخص الذي طلب برنامجا ذا مواصفات معينة، ويتم تسليم هذا الكيان المنطقي في اغلب الأحوال عبر وسيط مادي (دعامة) يتم تثبيت هذا المحل (البرنامج) عليه.

ومـــن اجـــل ذلك اتجهت غالبية الفقه إلى أن العقد المبرم بين مورد أو(منـــتج) البـــرامج وبين المستفيد (العميل) عندما يتعهد الأول بان يصمم وينتج برنامجا خاصا يستجيب لاحتياجات العميل أو المستخدم في مقابل اجر يدفعه هذا الأخير إليه هو عقد من عقود المقاولة. (١)

وممـــا يذكر هنا،انه لايعني ذلك أن البرامج لا يمكن أن تكون محلا لعقد إيجار أو هبة أو عارية ،ويؤكد على ذلك حكم شهير صدر عن محكمـــة الـــنقض الفرنسية في ١٩٩١/١١/٩ ،فقد قررت المحكمة بـــضرورة إعطـــاء الوصف الدقيق للعقد بغض النظر عن الوصف الـــذي يقرره أطراف العقد وذلك بخصوص منازعة على عقد أطلق علـــيه أطرافه عقد بيع برنامج حاسب الي ، وقد ورد فيه ان البائع ينقل للمشتري سلطة الاستئثار بالبرنامج ، ولكن يمتنع المشتري عن

.و.د، فـــاروق الاباصـــيري- عقد الاشتراك في قواعد المعلومات -دراسة تطبيقية لعقود التجارة الالكترونية – دار الجامعة الجديدة للنشر ٢٠٠٢،ص ٢٢

(١)- د،حـــسن جميعي _مرجع سابق ص ٨٦-١٠٦ .و.د،حسام لطفي -عقود خدمات المعلـــومات -مرجع سابق ص١٦٣. و،د،ميرفت عبد العال-عقد المشورة في مجال نظم المعلـــومات -مرجع سابق ص١١٣،د،عادل ابوهشيمة -عقود خدمات المعلومات -مرجع سابق ص ٣٠ .

بـــيعه أو التنازل عنه باي شكل من الأشكال ، فقد رأت المحكمة أن هذا العقد الذي احتفظ فيه البائع (منتج البرنامج) بحق استئثاري على البـــرنامج لا يـــستوفي الـــشرائط اللازمة لاعتباره من العقود التي تـــستلزم نقـــل الملكـــية ،باعتبارها حقا جامعا ومانعا واستئثاريا ، وانتهت المحكمة إلى اعتبار نقل بعض السلطات ، بهدف الاستعمال أو إعـــادة النـــسخ ،في بعض الأحيان ، يعد صورة من صور عقد الإيجـــار ،يمكن وصفه بأنه عقد إيجار أشياء معنوية ،وعرفته بأنه عقد ترخيص بالاستعمال. (١)

وفي الواقع العملي فان الغالبية العظمى من البرامج النمطية السابق الحـــديث عنها وسواء كانت برامج تشغيل ام برامج تطبيق (كبرامج الترجمة مثلا) يتم تداولها من خلال عقود الترخيص بالاستعمال،(٢) حتـــى لـــو تضمنت سماحا من قبل المؤلف أو المنتج ببعض أشكال الاستعمال كعمل نسخة إضافية يمكن أن يلجا إليها المستخدم فيما لو تعطلـــت النسخة التي لديه ، أو منح الحق في تطويرها أو ترجمتها ،فكل هذه الامتيازات إنما تتم لكونها لازمة لحق الاستعمال ومرتبطة بـــه،ولايمكـــن الاستناد إليها باعتبارها جوهرا يتم تكييف العقد على

---

(1) Cass .com .9Nov.1993.Bull.civ.n 91

مـــشار إلـــيه عند ،د. أسامة احمد بدر ، بعض مشكلات تداول المصنفات عبر الانترنت ،دار النهضة العربية ،القاهرة ،٢٠٠٢ ،ص ١٢٣ .

(2) Phillip G .Armour, The Laws of Software Process .A new Model for the Production and Management of software .Auerbach. Publication .U.S.A.2003.P.197

أساسها ، وإنما فقط هي توابع للمحل الرئيس للتصرف ،وهو تأجير البرامج باعتبارها من الأموال المعنوية. (١)

ولـذلك نلاحـظ انه من الناحية العملية والتي تساعد في فهم طبيعة العقـد وبالتالي محاولة تعين محله بدقة، ان العقود الأكثر شيوعا في هـذا المجـال (أي التعاقد على إعداد البرامج) هما عقدي المقاولة والبـيع ،ففـي معظـم بلدان العالم ومنها مصر والولايات المتحدة والمملكة المتحدة وفرنسا – نلاحظ أن منتجي برامج الحاسب الآلي يحـصرون إنـتاجهم من البرامج في نوعين ،النوع الأول هي تلك البرامج التي يقوم بإعدادها خبير البرمجة (المنتج) خصيصا لمستفيد معـين بناء على اتفاق وعقد مع هذا المستفيد ،لتفي بأغراض معينة لديـه (أي صممت خصيصا لأجله) ،والنوع الثاني هي برامج سابقة التجهيـز ،وهي التي يقوم المنتج بإعدادها لتكون صالحة للاستجابة لقطاع واسع من المستخدمين (٢)

---

(١) قـضت محكمة استئناف مونبليه باعتبار العقد الذي مكن العميل من سلطة استعمال بـرنامج محاسـبي مـع منحه بعض الامتيازات التابعة لهذا الحق كعمل نسخة احتياطية للبـرنامج ..الخ هو من قبيل عقود إيجار الأشياء المعنوية ،ورفضت المحكمة اعتباره من قبيل عقود البيع .

Montpellier.2Juillet.1991.JCP.1992edE.1 ,141 ,n ,9

أشار إليه ، د، حسن جميعي،مرجع سابق ،ص ٧٩.

(2) Spill Nicholas ,How to Beat those lousy computer viruse. Technology and Legislation support .New Jersey. Low Journal .4 oct 1990 ,p66

موجـود على الموقع الالكتروني htt/www.Low. technology .org . وكذلك يمكن الرجوع إلى.د. السيد محمد عمران،مرجع سابق ،ص٥٥ ،وبرنارد أ . جالر. مرجع سابق ص ٣٧-٥٧ .

ولان صـــناعة البـــرامج هـــي قضية حديثة نسبيا ، وكون البرنامج اصـــلا كـــيانا منطقيا (معنويا) غير ملموس ،فانه يصعب في بعض الاحـــيان تعـــين المحل وتحديده،فمن الدارج في مثل هذه العقود ان يدعـــي المـــستفيد ان هذه البرامج أو هذا البرنامج الذي استلمه من المنـــتج أو المبرمج غير مطابق لما تم الاتفاق عليه في العقد ،وفي هذه الحالة فان القضاء يلجا إلى شروط العقد ،فان لم يسعفه ذلك فانه يلجا إلى الوثائق المرفقة بالعقد ،فإذا استبان وضوحها اعتمدها لحل النـــزاع ،امـــا اذا لـــم تشر إلى شيء أو توضح شيء في موضوع الخلاف ،فقد يلجا القضاء هنا إلى الحكم ببطلان العقد وذلك للجهالة في تعين المحل . (١) أو حتى الحكم بعدم وجود عقد أصلا.

ففـــي حكم حديث قضت إحدى محاكم الولايات المتحدة الأمريكية بـــان الفشل في تحديد طبيعة عمل البرنامج المتفق عليه والناتج عن الفـــشل في قيامه ببعض الوظائف التي يدعي احد الأطراف بالاتفاق علـــيها ،وعدم وضوح ذلك بالوثائق الخاصة المرفقة بالعقد ،والذي

---

(١) - يـــورد الباحثان Rays manو Brown في بحث نشرته ال Law Journal انه من خلال دراسة معمقة أجريت على ثمانية آلاف عقد تصميم وإنتاج برامج حاسب آلي في الـــولايات المتحدة عام ١٩٩٦ ان ٣٠% من هذه العقود تم فيها فسخ العقد للاختلاف على المواصـــفات الخاصة بمحله حيث واجهت صعوبات فنية خطيرة أثناء مرحلة التنفيذ ،وان القضاء أبطل هذه العقود وألغاها .

Raysman Richard and Brown Better .Computer law Drafting and Negotiating .Form and Agreements .Law Journal. Seminar press. Vol 2.P12-18 .

و يمكـــن مـــراجعة . Allen T. Widdison R .Can computer make contracts .Harvard Journal

of Law & Technology,Vol, 9-No.1 p26 .1996. ..

كـــان هـــو الآخـــر غير واضح في قوله (هام اقرأ بعناية الشروط والأحكام التالية قبل قيامك بتحميل Installing البرنامج ،إن قيامك بـــذلك يعنـــي قـــبولك لهذه الشروط) ،فقد دفع المستخدم انه لم يقم بالتحمـــيل أساســـا لان النظام لم يتلاءم مع البرنامج ، قضت بان لا وجود لعقد بين الطرفين ،ويجوز للمستخدم إعادة البرنامج واستعادة ما دفعه . (١)

هذا بخصوص العنصر الأول في محل عقد الإعداد، وهو البرنامج وسنبحث فيما يلي وعبر المبحث الثاني العنصر الثاني في محل هذا العقد وهو الثمن .

المبحث الثاني

المقابل (الثمن) في عقد الإعداد

عـــرف الفقه الثمن بأنه المقابل الذي يحصل عليه المورد أو المنتج بدلا (ثمنا) للتكنولوجيا (البرنامج) التي يحصل عليها المستخدم. (٢) ولـــم يتفق هذا الفقه حول التسمية التي يتم إطلاقها على هذا المقابل ،فـــيقال الثمن ،ويقال السعر ، ويقال الأجر أو الأتعاب ، ونعتقد أن السبب في ذلك هو الخلاف الذي لا يزال يؤرق أذهان الفقهاء حول طبـــيعة هـــذا العقد ،وما قد ينعكس على موضوع الثمن كمحل لهذا

---

(1) Operative Resources .Inc.V. Dynasty .Inc.1999.

حكـــم مشار إليه في Computer Law Association Bulletin. Vol . 14 no (3) 1999.p 102

(١) – د. يوســـف عبد الهادي خليل الاكيابي – النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا – منـــشاة المعارف الإسكندرية ،١٩٨٩ ص١٩٨ . د، حسام محمد عيسى –نقل التكنولوجيا– دراسة قي الآليات القانونية للتبعية الدولية –دار المستقبل العربي ١٩٨٨ ص٦١ .

العقد ، تبعا للخلاف حول تكييفه ، والآثار القانونية التي تترتب على ذلك .

فـــإذا كـــان الثمن لم يتم تحديده في عقد من عقود المعلوماتية، وتم تكييف هذه العلاقة على أنها عقد من عقود البيع ،فان ذلك يؤدي إلى بطـــلان العقد ، وذلك تبعا لنصوص القانون التي تحتم تحديد الثمن فـــي هـــذا المجال ، أو على الأقل تفترض أن المتعاقدين على علم بكيفية تحديده . (١)

أما إذا تم تكييف هذا العقد على انه عقد من عقود المقاولة ،فان عدم تحديـــد الـــثمن لا يـــؤدي إلى بطلان العقد ، اذ انه يمكن تحديد هذا الـــثمن في وقت لاحق على تمام العقد ويمكن ذلك أيضا تحت رقابة القاضي . (٢)

ولأننا لا نريد أن نخوض في هذه الإشكالية التي سبق الحديث حول تعقيداتها من اختلاف الفقه حولها ، ونقصد هنا تكييف هذه العقود ، ولان اغلب الفقه المصري

---

(١) – المـــادة ٤٧٩ من القانون المدني الأردني (يشترط أن يكون الثمن المسمى حين البـــيع معلوما ويكون معلوما ١–بمشاهدته والإشارة إليه ٢– ببيان مقداره وجنسه ووصفه إن لم يكن حاضرا ٣– بان يتفق المتبايعان على أسس صالحة لتحديد الثمن بصورة تنتفي معها الجهالة حين التنفيذ .) وهي تقابل المواد ١٥٨٣ و١٥٩١ من القانون المدني الفرنسي ، وفـــي نفـــس المعنى ولكن بأقل تشددا المادة ٤٨٦ من مشروع القانون المدني الفلسطيني المنقولة حرفيا عن المواد ٤٢٣و٤٢٤ من القانون المدني المصري

(٢) – تـــنص المادة ٦٥٩ من القانون المني المصري (اذا لم يحدد الاجر سلفا وجب الـــرجوع فـــي تحديـــده إلى قيمة العمل ونفقات المقاول .) تقابل المادة ٧٩٦ مدني اردني والمـــادة ٨١٨ من المشروع الفلسطيني . ونلاحظ هنا كيف اختلفت تسمية البدل من الثمن في عقد البيع إلى الاجر في عقد المقاولة .

والفرنسي قد تبنى وذهب مع الاتجاه القائل بتكييف هذه العقود بأنها من عقود المقاولة . (١) والذي تأكد لهم من نص المادة ٦٤٦ من التقنين المدني المصري بان (المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه احد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو يؤدي عملا لقاء اجر يتعهد به المتعاقد الآخر.) والمادة ٦٤٧ من نفس القانون بأنه(١- يجوز أن يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله على ان يقدم رب العمل المادة ...٢ -كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معا) (٢)

فمن المؤكد أن عنصري العمل والابتكار هما القيمة الحقيقية في مجال إعداد برامج الحاسب الآلي ،ولا يمكن القول أن المادة التي يتم وضع البرامج عليها أو إنتاج البرامج بها هي العنصر الأساسي في هذه العملية ،فقيمتها لا تذكر بالنظر إلى مجموع الخطوات التي اتخذها المنتج (المبرمج) (المقاول) ونقصد هنا الشخص الذي صمم البرنامج ليفي بحاجات العميل ،ثم انه لم يتنازل للمستخدم في نهاية الأمر عن عمله وابتكاره وتصميماته ، بل هو يمكنه من الانتفاع بها واستغلالها للوفاء بوظائفه ، وهذا كله ما رجح كفة عقد المقاولة لدى الفقهاء عند تصنيف وتكييف هذا العقد .

وبالتالي وايا كان ، فان هذا عقد يقوم بمقتضاه مؤلف البرنامج أو صاحب، حق الاستغلال لهذا البرنامج بتمكين شخص آخر من الغير

---

(١) - د. حسن جميعي ، مرجع سابق ص ٢٢. د، خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق .ص ٥٥ومابعدها. د، فاروق الحفناوي، مرجع سابق ص٣٣ وما بعدها.

(٢) - تقابل المواد ٧٨١ مدني أردني و ٨٠٢ مشروع فلسطيني.

مـــن اســـتعمال البرنامج نظير مقابل نقدي (١) يتم تحديده بموجب الاتفاق المبرم بينهما .

وهـــذا المقابـــل يمكن ان يكون مبلغا مقطوعا يتم دفعه مرة واحدة ، كما يمكن ان يكون دفعة دورية يتم دفعها شهريا أو سنويا .

وقـــد ســـقنا التعريف أعلاه لمساعدتنا على البحث في شروط الثمن والأسس التي يتم

على أساسها تعينه خصوصا وان المذكرة الإيضاحية للمادة ٨٢ من قانـــون التجارة المصري تبين لنا أن المستخدم دائما يلتزم بدفع هذا المقابـــل ثمـــنا لهـــذه البرامج أو التحسينات التي يتم إدخالها عليها (التكنولوجيا)بشكل عام في الموعد والمكان المتفق عليه ، معتبرة أن هذا المقابل ركنا من أركان العقد . (٢)

---

(١) - لا نعـــرف لمـــاذا هذا الإصرار في كتب الفقه على كون المقابل في هذه العقود دائمـــا نقدي ،أليس من الممكن مثلا ان يقايض العميل المبرمج على مبادلته شيئا بدل قيام الآخر بتصميم برنامج له ؟ كان يحصل المبرمج على عدد معين من الأقراص المرنة CD مقابل أن يقوم بإعداد برنامج خاص لهذا الشخص .

(٢)- مجلـــة المحامـــاة- ملحـــق التشريعات، ٦/ ١٩٩٩ص ٣٨٩. وخيرا فعل المشرع المـــصري في قوله المقابل ولم يحصره في المقابل النقدي في هذه المادة. وفي هذا المعنى تـــنص المادة ٦٥٦ من القانون المدني المصري (يستحق دفع الأجر عند تسلم العمل، إلا إذا اقتـــضى العـــرف أو الاتفاق بغير ذلك) تقابل المادة ٧٣٩ مدني أردني والمادة ٥٣٤ مشروع فلسطيني.

المطلب الأول

شروط الثمن

يجب توافر شروط المحل كاملة في الثمن، وذلك من حيث وجوده ومشروعيته وتعيينه (وهنا وعلى افتراض أننا نتكلم في حكم الثمن في عقد البيع ، علما بأنه وكما أسلفنا فان الفقه يكاد يجمع أن هذه العقود تنطوي تحت مسمى عقود المقاولة ، إلا أن أحكام الثمن هذه وردت في القوانين المدنية في باب عقود البيع لذلك سنستظهر شروط الثمن وأحكامه وأسسه مما ورد فيها) ، ولقد كان المشرع الأردني في القانون المدني أدق عند حديثه عن شروط الثمن من المشرع المصري والمشرع الفلسطيني في مشروع القانون المدني ، حيث نصت المادة ٤٧٩ من القانون الأردني على انه (يشترط أن يكون الثمن المسمى عند البيع معلوما ويكون معلوما ١- بمشاهدته والإشارة إليه إن كان حاضرا ٢- ببيان مقداره وجنسه ووصفه إن لم يكن حاضرا ٣- بان يتفق المتبايعان على أسس صالحة لتحديد الثمن بصورة تنتفي بها الجهالة حين التنفيذ) (١)

---

(١)- تقابل المواد ١٥٨٣و١٥٩١ من القانون المدني الفرنسي وقد قلنا كان المشرع الأردني أفصح في تحديده لشروط الثمن لان المشرع المصري تحدث في نفس هذا المعنى ولكن بصياغة اقل وضوحا في راينا حيث نصت المادة ٤٢٣ على (١- يجوز أن يقتصر تقدير الثمن على بيان الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد ٢- إذا اتفق على أن الثمن هو سعر السوق وجب عند الشك أن يكون الثمن سعر السوق في المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع ...) وقد نقل المشروع الفلسطيني هذا النص حرفيا في المادة ٤٨٦ من المشروع.

وإذا كـــان الـــثمن فـــي الغالب يتم تعيينه من قبل أطراف العقد ولا ســـلطان لأحـــد علـــيهم في ذلك ، إلا أن القضاء يتدخل في بعض الأحـــيان للكشف عن وجود الثمن ومقداره ، فان كان غير محدد أو كـــان تحديده غير واضح ، ولم يكن هناك إمكانية لمعرفة ما قصده المـــتعاقدان بخـــصوص كيفية التحديد فلا مجال إلا الحكم بالبطلان وذلك لعدم تعيين الثمن .

أمـــا إذا كـــان الثمن قابلا للتعيين، فلا يحكم بالبطلان تبعا لنصوص المـــواد الـــسابقة،فان لم يكن كذلك فان القانون لا يتدخل ليحل محل إرادة الأطـــراف في تحديد الثمن ، فيجب على القضاء إذا ما أحيل إليه النزاع الحكم ببطلان العقد . (١)

وإذا كانـــت عقود المعلوماتية بحسب الراجح في القه القانوني تعتبر عقـــدا مـــن عقـــود المقاولة، فان الأجر (الثمن) لا تختلف أوصافه وشـــروطه عـــنه فـــي عقود البيع من حيث تعيينه أو قابليته للتعيين وعلـــيه فـــان التـــزام المتعهد (المقاول في عقود الإعداد) هو أداء معلوماتـــي وذلك تبعا للأحكام العامة في عقد المقاولة والتي وردت فـــي المـــواد ٦٤٦الى ٦٦٠ من القانون المدني المصري (٢) حيث تنطبق على جميع المقاولات (بغض النظر عن طبيعة العمل)، فهي تتلخص في تعهد المتعهد (المبرمج)بان يقوم بعمل لمصلحة المستفيد

---

(١)- د.جمـــال عبد الرحمن محمد علي ، الخطأ في مجال المعلوماتية ، مرجع سابق ص ٣٧-٣٨

(٢)- تقابـــل المواد ٧٨٠ولغاية ٧٩١ مدني أردني و المواد ٨٠٠ولغاية ٨١١ مشروع فلسطيني

لقـــاء اجـــر محدد ، وما يهمنا هنا هو الأجر المحدد ، فان كان هذا الأجـــر غيـــر محدد سلفا عندئذ يجب الرجوع في تحديده إلى قيمة العمـــل والـــى نفقات المقاول (١)، ونخشى هنا من إقحام العرف أو سعر السوق في التطبيق على عقود المعلوماتية لان هذين المفهومين فضفاضين في هذه العقود إلى درجة كبيرة .

وخلاصة القول في هذا المجال وايا كان تصنيف عقد الإعداد، بيعا أم إيجارا أم مقاولة، فانه يمكن تحديد الثمن أو بدل الإيجار أو الأجر عند تنفيذ العقد، حيث يجوز تثبيت الثمن بعد الانعقاد أي سحب ما ورد في أحكام عقد المقاولة في المادة

٦٥٩ بجـــواز الـــرجوع فـــي تحديد الأجر إلى قيمة العمل ونفقات المقاول ، أي تطبيق ذلك على عقود المعلوماتية ،وان كان بيعا وتم الاتفاق على أسس لتعيين الثمن ستتم بعد الانعقاد فلا ضير في ذلك كـــان يـــتم الاتفاق على ثمن المعلومة أو الخدمة انطلاقا من وحدة قـــياس معينة ، أو كان إيجار كما في عقود الاشتراك للحصول على بـــرنامج معـــين واستخدامه مقابل مبلغ يدفع أول كل شهر أو سنة ، بغـــض النظـــر عـــن حجـــم هذا الاستخدام أو باعتبار عدد مرات الاستخدام . (٢)

وهذا ما هو عليه الحال في عقود الإعداد ، فلو تصورنا أن الحديث يـــدور حـــول تركيب نظام معلوماتية ، أو إعداد برنامج خاص أو تقديم خبرات وإعداد كوادر

---

(١) انظر المادة ٦٥٩ من القانون المدني المصري.

(٢) د. جمال عبد الرحمن علي – المرجع السابق – ص ٣٨-٤٢ .

سواء تجزأت هذه الالتزامات ام كانت اتفاقية واحدة بملاحقها ، فأمام كل هذا التنوع لابد من مواجهة مصاعب جمة عند التعاقد في تحديد المقابـــل، فيـــصار إلى تثبيت هذا المقابل وتعيينه وتحديده عن بدء التنفـــيذ أو عـــند إنجاز النظام واستعماله (١) . وقد جرت العادة في مجـــال عقود الإعداد على اعتماد طريقتين رئيستين لتحديد وتعيين الثمن أو الأجر بحيث تحققان شروط ومتطلبات القانون وهما :-

الطـــريقة الأولـــى :_ أن يـــتم تحديد قيمة العمل على أساس سعر إجمالـــي ثابـــت للأعمـــال موضوع الاتفاقية ، وتسمى بالإنجليزية Fixed price[٢] وتـــتلخص بدفـــع جزء من القيمة عند التعاقد مثلا ،وجزء آخر عند قبول وثيقة تحديد المواصفات ،وجزء عند الانتهاء مـــن عرض النماذج proto Types والموافقة على هذه النماذج ، وجزء عند قبول البرامج والتدريب عليها وتشغيلها، والجزء الأخير عند انتهاء فترة الضمان التي تلازم هذه العقود دائما . (٣)

الطـــريقة الثانـــية:_ وتعرف باسم Time and Material وفي هذه الطريقة لا يتم تحديد ثمن ثابت أو اجر ثابت للأعمال والبرامج وإنمـــا يـــتم حـــساب هذا البدل على أساس الوقت والجهد المبذول والمواد المستعملة (فيما إذا كانت المواد الخام من عند المتعهد مثلا

---

(١) د. محمد حسام لطفي – عقود خدمات المعلومات – مرجع سابق .ص١٤٩-١٥٣.

(2) P.R.p 315. Phillip G .Armour, The New of Software Process

(٣) د. فـــاروق الحفـــناوي – عقود البرمجيات – ج١.مرجع سابق ص٢٤٣ ، وقد أورد سيادته عقد دولي نموذجي لمثل هذه الاتفاقيات تحت عنوان Software Development Agreement (اتفاقية تطوير وإنتاج برمجيات) . ويمكن مراجعة .د، أسامة أبو الحسن مجاهد، مرجع سابق.ص ٩١ وما بعدها .

وهـو الغالـب فـي مثل هذه العقود) حيث يتم الاتفاق مسبقا على أسعارها (أي يتم تحديد المقابل عنها مسبقا حسب سعرها) ولا يتبقى يتبقـى سـوى معـرفة كميتها التي استغرقها العمل وكم من الوقت والجهد قد تم بذله في هذه الإعداد(1)

وبذلك تكون شروط الثمن في هاتين الطريقتين المعمول بهما عالميا ، قـد تحققـت من حيث تعيينه ، أو قابليته للتعيين ، ويتبقى لنا أن نعـرف اسس وكيفية تعيين وتحديد هذا المقابل في عقود الإعداد ، وهذا ما سنبحثه في المطلب التالي من هذا المبحث .

المطلب الثاني

أسس تعيين المقابل " في عقود الإعداد "

المقابـل هو محل الالتزام الأول للمستفيد وهو عصب الاتفاق الذي يـسعى اليه المنتج "او المورد للبرامج" وقد عرف الفقه المقابل في هـذه العقـود بأنه ثمن التكنولوجيا والتحسينات التي يحصل عليها المـستفيد مـن المنتج ، فهو في الغالب مبلغ من النقود يقوم متلقي

---

(1) The cost relating to the development work shall be calculated on a time and materials basis and based on the developers current rates as the same may vary form time to time .

هـذه العـبارة المشهورة هي أساس الطريقة الثانية والتي تكلمنا عنها أعلاه وهي ترد في اغلب العقود النموذجية بخصوص تطوير وإعداد البرامج بموجب طريقة الوقت والجهد .

يمكن مراجعة :

Rennie .T .Michele – Computer Contracts – Sweet and Maxwell .London .2001 ,P63

البـــرامج بدفع كمقابل للبرامج والمعرفة التقنية التي نقلها او ابتكرها المنـــتج له وبناءً على طلبه للقيام بالوفاء بوظائف محدده مسبقاً من قـــبله ، وبعـــبارة موجـــزة يعتبر المقابل النقدي هو ما ينطوي عليه الالتـــزام بدفع الثمن "الأجر، التكلفة ، المصاريف" المتفق عليه دائماً فـــي هذه العقود[١] ولان حديثنا في هذا المطلب عن أسس تعيين هذا المقابـــل سوف نترك الالتزام بدفعه وآثار ذلك الى الباب الثاني من هـــذه الدراســـة وسيقتـــصر بحثنا في هذا المطلب في أسس تعيينه وطرق تحديده .

اذا تـــم تعـــين وتحديـــد المقابل عند إبرام العقد وهذه هي الطريقة المعـــتادة – فلا توجد مشكلة ، حيث يتفق طرفا العقد بشكل واضح وصـــريح على الثمن او الأجر ...الخ ، حيث يكون المقابل الجزافي هو المتبع عادة ، فليس من الضروري في هذه الحالة ان نحدد أمام كل التزام يقع على عاتق المتعهد المقابل الذي يتوجب على المستفيد دفعـــه طالما ان المبلغ محدد مسبقاً وجزافياً وعن كل الالتزامات[٢] دفعة واحدة [٣].

---

(١) . د/ يوســـف الاكيابـــي – مرجع سابق – ص ١٩٨ . د/ عبد الفتاح مراد . شرح العقـــود التجارية . ط١ . دار النهضة العربية – العربية ٢٠٠٠ ص ٩٤ وما بعدها . د/ حسام محمد عيسى . مرجع سابق ص ١٠٩ .

(٢) يطلـــق الانجليـــز على هذه الطريقة Bespoke software ويطلق الأمريكان عليها Custom software لمزيد من التفاصيل راجع د/ حسام لطفي عقود خدمات المعلومات – مـــرجع سابق – ١٤٩ وما بعدها . د/ـ ميرفت عبد العال – مرجع سابق– ص ٢٥١ وما بعدها و د/ـ عادل ابو هشيمة – مرجع سابق ص ٢٠٨ –٢١٠.

(٣) تنص الفقرة الثانية من المادة ٨٢ من قانون التجارة المصري الجديد { يجوز ان يكون المقابل مبلغاً إجماليا يؤدى دفعة واحدة او على دفعات متعددة... الخ } .

وان تحديـــده بهذه الطريقة يلزم طرفي العقد بعدم المساس به وهذا أعمـــالا لنص المادة ٦٥٨ من القانون المدني المصري حيث نصت فـــي فقـــرتها الأولى على (إذا ابرم العقد باجر إجمالي على أساس تـــصميم ... فلـــيس للمقاول ان يطالب بأية زيادة في الأجر ، ولو حدث في هذا التصميم تعديل او إضافة الا أن يكون ذلك راجعاً الى خطأ من رب العمل ... [1]). على أن تطبيق هذه القاعدة على عقود الإعـــداد يمكن ان يكون على حساب المستفيد بحيث يقوم المقاول " المنـــتج" بالعمل بوساطة مواد خام ذات تكلفة او نوعية رديئة وذلك على حساب نوعية البرنامج والعمل في النهاية ، فلا بد لتلافي ذلك مـــن تحديـــد شـــروط المقابل والمواد بشكل واضح ، بحيث تكون الالتـــزامات معـــروفة بطـــريقة تحول دون قيام المنتج او المتعهد بالاقتصاد بالنفقات او بالتقصير.

ولان عدم تحديد المقابل عند التعاقد لا يؤدي الى بطلان العقد تلقائياً ، اذا كـــان هذا المقابل قابلاً للتعيين والتحديد بعد الانعقاد وقبل تمام التنفيذ كما رأينا سابقاً ، فبسبب طول فترة تنفيذ العقد ، وبسبب تعدد الخـــدمات والتقنـــيات التي يقدمها المنتج او المتعهد ، وبسبب تبدل الأســـعار وتقلـــبها ولأسباب أخرى كثيرة ، يصعب في هذه العقود تعيين الثمن عند التعاقد ، خصوصاً وان المتعهد يخشى من استجداد

---

(١) .تقابـــل المادة ٧٩٥ من القانون المدني الأردني (١- اذا وقع عقد المقاولة بموجب تصميم متفق عليه لقاء بدل إجمالي فليس للمقاول ان يطالب بأية زيادة في الأجر يقتضيها تنفـــيذ هذا التصميم ...) وهما يقابلان المادة ٨١٦ فقرة (١) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

التـــزامات تـــزيد على المقابل الذي اتفق عليه مع المستفيد ، فيقوم باشـــتراط تحديد وتعيين الثمن فيما بعد على أسس ضمن القانون له الحـــق باشـــتراطها [1]وسوف نتناول في هذه الفروع أسس وطرق تحديـــد المقابل في عقود الإعداد وهي وان كانت لا ترد على سبيل الحـــصر ولكـــنها الأكثر شهرة في هذا المجال او الأكثر اعمالاً في عقود إعداد البرامج .

الفرع الأول

اعتماد سعر الدليل (Catalogue)

تنتـــشر طريقة الدليل او الكتالوج في عقود الإعداد بشكل كبير في تحديـــد الثمن مسبقاً ، وهي على شهرتها لا تخلو من مشاكل تترافق مـــع أعمالها ، فلو افترضنا أن هناك عقد فوري التنفيذ فان الكتالوج فـــي هـــذه الحالة يعتبر إيجابا موجه الى المستفيد ، وإذا اشترط في العقد ان الثمن سوف يتم دفعه عند التنفيذ أي التسليم كقيد مثلاً على التنفيذ وتم تحديد سعر تقديري قابل للنقض او للمراجعة ، فان العقد بهـــذه الطريقة لا ينعقد وذلك لان الثمن لا يعتبر في مثل هذه الحالة قابلاً للتعيين [2]

---

(١) .راجع المواد ٦٥٩،٤٢٤،٤٢٣، ٦٦٠ من القانون المدني المصري وهي تقابل المواد ٤٧٨-٤٨٣و٧٩٦و٧٩٧ مدنـــي أردنـــي والمواد ٤٨٦-٤٩١و٨١٨و٨١٩ مشروع مدني فلسطيني .

(٢) د. حسن عبد الباسط جميعي -مرجع سابق -ص٢٢ و٧٥-٨٢ ود.فاروق الحفناوي عقود البرمجيات - ج١مرجع سابق ص ٢٢٧-٢٤٢ ود. عادل ابو مشيمة - مرجع سابق ص ٢٠٧ -٢١٢ .ود.جمال عبد الرحمن علي - مرجع سابق ص ٣٨-٤٢ .

وإذا مـــا افترضـــنا ان المـــستفيد قد قبل بتحديد المتعهد للمقابل عن طريق الدليل فانه وفقاً للأحكام العامة في عقود المقاولة لا يجوز ان ينفـــرد احـــد طرفـــي العقد في تحديد الأجر حتى لو قبل الطرفان بـــذلك[1] وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية بطلان العقد الذي يترك فـــيه تعيـــين الـــثمن عند التسليم ، لان في ذلك ترجيح لإرادة احد المتعاقدين على حساب الأخر ، فلا يجوز ان يستأثر احدهما بتحديد الـــثمن [2]، وذهبت المحكمة في قرار أخر الى أن الثمن المثبت في العقـــد كـــان تقديـــرياً لان الثمن تم تحديده عند التسليم ، وبذلك لا يعتـــرف بالعقد لان الثمن غير معين وغير قابل للتعيين وعليه فان العقـــد لا ينعقد في هذه الحالة الا عند التسليم أما قبل ذلك فهو باطل مـــن حـــيث المبدأ ونحن نرى أن موقف المحكمة الفرنسية وسطياً ومقـــبولاً بحـــيث لـــم تعتبر العقد باطلاً الى النهاية ، والأفضل هو اعتبار طريقة الدليل بأنها تقدير للثمن من جانب المتعهد ، وفي هذه الحالة لا ينعقد العقد الا عند قبول المستفيد للمعقود عليه عند التسليم بالثمن الذي وضعه المتعهد في الدليل ، إلا أن العقد قبل قيام المتعهد بالتسليم لا يكون منعقداً بل ينعقد عند قبول المستفيد في لحظة تسليم المعقود عليه وقبوله بالثمن الذي ورد في الكتالوج .

---

(١) د.محمـــد لبـــيب شنب – شرح أحكام عقد المقاولة – دار النهضة العربية – القاهرة ١٩٦٢ ص ١٥٢–١٦٠. د.الـــسنهوري مرجع سابق – المجلد السابع ج ١ ص ١٧١ وما بعدها . والسيد محمد عمران – مرجع سابق ص ٨٩ وما بعدها.

(2) CASS-CIV 13 MARS 1973N^{0}71-14-386 BULL CIV.I.P89 . و
CASSCIV 20MAI 1981N^{0}79 10.87 J.C.P.ED C.198211N^{0}1984
أشار الى هذين القرارين د. ز نوري خاطر– عقود المعلوماتية– مرجع سابق .ص ٥٦

وأوضـــح مثال على ذلك عند قيام مستفيد بالطلب الى متعهد بتزويده بأجهزة او برامج موجودة أصلاً في الأسواق ، فلنفرض ان الشركة المنـــتجة لهذه البرامج او الأجهزة قد وضعت تسعيره بموجب دليل (كـــتالوج) فان أطراف العقد يكونوا مقيدين بالتسعيرة التي وضعتها الـــشركة المنـــتجة شـــريطة ان يتفقا على ذلك في العقد وذلك لان المتعهد يقوم بالتوريد على أساس السعر الذي تحدده الشركة فإن لم يتفقا على الثمن الذي حدده الغير كان العقد باطلاً وذلك لأنهما أساساً اتفقـــا على سعر الشركة المنتجة . وهذا ما يقودنا الى الاستنتاج بأنه حتـــى فـــي هذه الطريقة يجب دائماً انصراف إرادة المتعاقدين الى تحديـــد الـــثمن او الاتفـــاق على طريقة واضحة لتعيينه ، اما اذا تم الاعتماد على دليل او نموذج في تحديديه فلا يتم الانعقاد لان الثمن الـــذي يـــرد فيه تقديرياً وغير بات مما يجعل المقابل غير معين او قابل للتعيين ، الا إذا تم الوفاق والتراضي عند التسليم كما أسلفنا .

الفرع الثاني

تحديد المقابل على أساس سعر الوحدة

يـــصعب فـــي اغلب الأحيان تحديد أسعار مستلزمات عقود الإعداد ومعداتها والالتزامات التي تنشأ عن هذه العقود ، وبدلاً من القـــيام بالـــتحديد الجزافـــي لـــثمن او تكلفة هذا العقد ، تلجأ بعض الـــشركات العاملـــة فـــي هـــذا المجال الى الاتفاق مع المستخدم او المـــستفيد علـــى ســـعر معين لكل وحدة عمل ، وتكون هذه الوحدة

بمـــثابة وحـــدة قـــياس [1]محددة ابتداءً ، ويعرفها العاملين في هذا المجـــال اذا كانت مثلاً دائرة تقنية "معلوماتية " او تقسم البرامج الى أنـــواع يـــتم تحديد الواحد منها بوحدة عمل وكذلك الأجهزة ، وفي طـــريقة أخـــرى يمكن ان يكون مقابل الأداء حسب عدد الأيام ([2] وفي النهاية يتم تحديد الثمن الكلي بناءً على مجموع الثمن "اوالسعر او اجـــر " وحـــدات القـــياس ، وهذه أصلاً طريقة متبعة في عقود المقاولة التقليدية [3].

وهنا كذلك لا يلتزم رب العمل ان يدفع الا المبالغ او المقابل المعين عـــن كـــل أداء او كل وحدة ونطبق القواعد العامة في عقد المقاولة بحيث لو حصلت مثلاً زيادة جسيمة على الاداءات حق له فسخ العقد دون مسؤولية[4].

---

(١) انظر اتفاقيات شركة أنظمة الكمبيوتر المتكاملة العالمية ITS – شركة مساهمة كويتية أســسها بـــيت الـــتمويل الكويتي عام ١٩٨١ وتعلم في مجال تنفيذ أنظمة الكمبيوتر ونظم المعلـــومات فـــي الوطن العربي وإفريقيا – موسوعة عقود الكمبيوتر – مرجع سابق ص ٢٢٠ –٢٣٠ ويمكن الرجوع الى د.حسام لطفي – عقود خدمات المعلومات – مرجع سابق ص ٨٢–٨٥ ود.أسامة ابو الحسن المجاهد – مرجع سابق هامش ص٩٩–١٠٠.

(٢) إبراهيم المنجي–عقد نقل التكنولوجيا – مرجع سابق ص ١٩٥–١٩٨ .

(٣) مثلاً يحضر شخص متعهد بناء ويتفق معه على بناء بيت له ويتم الاتفاق على ان " كيل البناء سيكون بالمتر " وان كل متر مسطح سيكلف صاحب البيت ١٠٠$ ، وفي النهاية يكون الحساب حسب مساحة البيت وطبعاً صاحب البيت ليس له علاقة بالإشراف او سير العمل .... الخ ، عقد مقاولة بسيط وبالقياس ينطبق على سعر الوحدة التكنولوجية مثلاً .

(٤) تـــنص المـــادة ٧٩٤ مدني اردني في فقرتها الأولى (اذا تم عقد المقاولة على أساس الوحدة وبمقتضى تصميم معين لقاء بدل محدد لكل وحدة ثم تبين ان تنفيذ التصميم يقتضي زيادة جسيمة في النفقات جاز لصاحب العمل بعد إعلامه بمقدار الزيادة ان يتحلل من العقد

وهـذه الطـريقة اقرب الى كون المحل قابل للتعين منها الى كون المحـل معين ويثبت السعر على أساس ما تكلفة كل وحدة عمل يتم انجازهـا ، وهـي بذلك تحقق شروط البدل او الثمن حسب القواعد العامـة ، فـإذا زاد البدل عما هو متوقع في الاتفاق كان العقد قابلاً للفسخ حسب القانون .

الفرع الثالث

تحديد المقابل على أساس سعر السوق

ولا نـرى الاتفـاق علـى تحديـد المقابل بناءً على السعر المتوسـط للسوق ذا نفع او جدوى في اغلب حالات عقود الإعداد ، لان سوق هذه العقود واسع جداً ومتقلب انطلاقاً من كونه يقوم على المنافـسة ، هـذا بالإضافة الى الجودة وبلد المنشأ كل تلك عوامل تحـدد القيمة خصوصاً وان النوع للمعدات او البرامج المعينة يمكن ان يـدل علـى الإمكانـيات والخدمات التي يمكن ان تؤديها وهي بالـضرورة متبايـنة فالحديث عن جهاز كمبيوتر محمول من إنتاج الـولايات المـتحدة مثلاً IBMاو COMPAC ليس كالحديث عن جهاز كمبيوتر محمول من إنتاج الصين مثلاً أيسر ....، والقصد هنا حول الإمكانيات والمواد الخام المستعملة في الإعداد ... الخ .

مـع أداء قيمة ما أنجزه المقاول من العمل وفقا لشروط العقد او قبول متابعته مع التزامه بالزيادة) تقابل المادة ١/٦٥٧ مدني مصري – المادة ٨١٥ مشروع مدني فلسطيني .

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية أن من الصعب وجود سعر ثابت في السوق نستطيع به أن تقيم عقد إعداد برنامج و بالتالي قضت ببطلان العقد لتعذر تعيين المقابل [١].

ونعود الى نقطة جوهرية في هذا الموضوع وهي أننا اذا كنا أمام عقد من عقود الإعداد تم تكيفه على انه عقد بيع فان عدم تحديد الثمن يؤدي الى بطلان العقد [٢]، على عكس عقود المقاولة التي يمكن ان يتم تحديد الثمن فيها في أي وقت لاحق على تمام العقد او تحت رقابة القاضي ، لذلك اذا كان الموضوع متعلقاً بعقد بيع يجوز ان يتم تحديد السعر على أساس السعر المتوسط في السوق ولكن شرط ان يتم تحديد وقت تنفيذ العمل [٣]، اذا كان متعلقاً بتسليم المحل ، ومكان التنفيذ بحيث يتم على أساس تحديد السوق الذي يعتمد في احتساب المقابل ، الا إذا تم اعتماد زمان ومكان انعقاد العقد وذلك عملا بنص المادة ٢/٤٢٣ من القانون المدني المصري (اذا اتفق على ان الثمن هو سعر السوق وجب عند الشك ان يكون الثمن سعر السوق في المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشتري ، فإذا لم يكن في مكان التسليم سوق وجب الرجوع الى سعر السوق في المكان الذي يقضي العرف ان تكون أسعاره

---

(١) CASS.COM.22jullet 1986N^{0}85_10.237BULL.C.I.V.162CAحكم ورد في كتاب د. نوري خاطر – مرجع سابق ص ٥٤ .

(٢). د.حسن عبد الباسط جمعي –مرجع سابق ص ٢٢-٢٣.

(٣). د.شحاته غريب شلقامي – برامج الحاسب الآلي و القانون – مرجع سابق ص ٣٤ -٣٧ ود. خالد مصطفى فهمي – الحماية القانونية لبرامج الحاسب الالي / مرجع سابق ص ٨٧-٨٩ وما بعدها .

هـــي السارية)[1] هذا بالإضافة إلى أنهما يجب ان يتفقا على نوعية وجـــودة وتفاصيل معينة وقبل كل ذلك ان يتفقا صراحة على سعر السوق في العقد ،وإلا قضي بعدم تعيين المقابل وبالتالي بطلان العقد ونعـــود ونؤكد رأينا هنا بأننا ما زلنا لا نحبذ اعمال هذه الطريقة في عقـــود الإعـــداد وذلك لان مورد البرنامج او منتجه لا يستطيع ان يدعـــي التسليم مثلا وان يطالب بالمقابل في حالة كون العقد مركباً مـــثل نظـــام حاســـب مـــتكامل كبرنامج مترتب على عمل برنامج وبمواصـــفات معيـــنة وهناك فترات تجربة والتزامات متتابعة فمتى وأين التسليم وكيف يمكن الحكم على ذلك .

الفرع الرابع

تحديد المقابل بناءً على معيار القيمة

يكـــون دفع المقابل او البدل في هذه العقود في اغلب الأحيان علـــى أقـــساط حسب الاتفاق ما بين المستخدم والمبرمج وذلك تبعاً للمـــراحل التـــي تمر بها عملية إعداد البرنامج وذلك لضمان حسن سير عملية إعداده ، وتقيداً للمبرمج (وبالذات اذا كانت شركة كبرى مـــثلاً) بـــشروط العقد ، مما يؤدي الى طول فترة الرابطة التعاقدية ودوامهـــا حتى بعد التسليم لفترة تجربة مثلاً واختبار وملائمة للعمل وفحص للمواصفات لا بل يمكن ان تحتوي فترة صيانة معينة [2]

---

(١) تقابل المادة ٤٧٨ مدني أردني والمادة ٣/٤٨٦ مشروع مدني فلسطيني .

(٢) د/ نصيرة بو جمعة سعدى – عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي – رسالة – الإسكندرية ١٩٨٧–ص ٢٩٣ ود/ عبد الفتاح مراد مرجع سابق ص ١١٠.

لـــذلك ولان عقـــود الإعداد في غالب الأمر تتعلق بعقود ذات تنفيذ متتابع فلا بد ان يكون الدفع هو الأخر تدريجياً ومتتابع ، ومن اجل الدفـــع بهـــذه الطريقة التي يمكن ان تدل على نوع من الائتمان في الـــتعامل ابتكر الواقع العملي معيار القيمة[1] أو المؤشر في التعامل فيما بين المنتج والمستخدم ، حيث يتخذ المتعاقد من بضاعة او سلعة معينة لها صفة الاستقرار في السعر والعمومية في التداول ثمناً لبدل نقـــدي في الوقت الراهن يكون معياراً لتحديد قيمة النقد او البدل في هذا الوقت وعند حلول الأوقات الأخرى .وبعبارة أخرى يتم الاتفاق علـــى ســـعر أولي محدد بموجب معيار القيمة وهذا المعيار يسمح بإجراء تعديل لاحق عن السعر يستند الى السعر الأولي بالقياس إلى معـــيار القيمة الذي تم تعيينه عند إبرام العقد حيث يكون الطرفان قد اتفقا ابتداءً ان السعر او الثمن الحالي هو لتقييم واستخراج السعر أو الثمن المقابل عندما يحين موعد الدفع .

وبهذه الطريقة يكون أساس تحديد الثمن مشروعاً فالبدل المتفق عليه ابتداءً إضافة الى بعض التغيرات التي قد تدخل عليه والذي يفرضها الاتفـــاق نفـــسه ، فاختـــيار قيمة سلعة معينة قد تختلف على أساسه المقابـــل لعقـــد الإعداد عند حلول آجال الدفع طبقاً لتغير سعر هذه السلعة كمؤشر على القيمة فلو هبطت أسعارها هبطت قيمة الالتزام

---

(١) يطلق على معيار القيمة ايضاً المؤشر السلعي او الخدمي ويمكن ان يقاس هذا المعيار أيـــضاً علـــى أساس أجور العمال كقولك طبقاً للحد الأدنى من الأجور ... الخ –راجع د/ رشـــوان حـــسن رشوان احمد ، اثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد – دار النهضة العربية ط١ القاهرة ١٩٩٤ ف ٦٠ ص١٤٠ .

المـــرتبط بهـــا ولـــو حـــدث العكـــس وارتفع سعرها ارتفعت قيمة الالتزام[١] .

وقـــد تـــبدو الأمور أكثر تعقيداً في أعمال معيار القيمة لو كان مثلاً عقـــد الإعداد نفسه به أكثر من أداء لكل أداء فيه معياراً مختلفاً عن المعيار الذي يحكم الأداء الآخر في تحديد الأسعار [٢].

ولا يفوتـــنا التـــنويه الى ان هذا المعيار من الحساسية بمكان بحيث يجـــب ان تتوافر فيه بعض الشروط ليتم إعماله إعمالا يجعله مقبولاً في نظر القانون وهذه الشروط هي المشروعية والقابلية للتعيين .

أولا / شرط المشروعية .

يجـــب ان يكـــون المعيار الذي على أساسه سيتم حساب قيمة معينة معـــياراً مشروعاً ومعترفاً به من قبل سلطات الدولة التي يتم التعاقد بها او الدولة التي سيتم تطبيق قانونها على العقد ، فهناك دول تمنع أساســـاً هـــذه الطـــريقة في التعاقد [٣] وهناك دولاً أخرى تمنع هذه الطـــريقة فـــي داخـــل إقليمها وتسمح بها في العقود الدولية [٤]وفي الواقـــع ان هذه المسألة لم تعالج لا نظرياً ولا عملياً ، بل تم تركها

---

(١) محمد بشير – القاموس الاقتصادي – المؤسسة العربية للدراسات والنشر – بيروت – ط ١٩٨٥ – ص٢٠٤ .

(٢) د/ حسن رشوان – مرجع سابق ف ٦٠ ص١٤١.

(٣) مـــثل اعـــتماد معيار الحد الأدنى لأجور العمال لتحديد المقابل في الخدمات . فهذا الفعـــل تمنعه الدولة في مجال العقود لان به مساسا بحقوق العمال. د. نوري خاطر . مرجع سابق . ص ٦٢.

(٤) مـــثل فرنسا وسوريا و بعض الدول الاشتراكية . – د . عبد الرزاق قاسم . معيار المحاســـبة الدولـــي – الادوات المالية والاعتراف والقياس –منشورات جمعية المحاسبين القانونين السورية –دمشق ٢٠٠٢ ص٩

وفقـــاً للنظام الاقتصادي في كل بلد حيث تركت للقاضي لينظر في أمـــرها وفق نظامه العام ، فقد يتعارض مثلاً معيار القيمة مع تحديد الدولـــة للأســـعار او العكـــس قد يتعارض مع حرية الأسعار إذا تم تحديده في دولة تمنع تحديد هذه الأسعار ، فلا مندوحة أمام القاضي فـــي مثل هذه الحالات من الحكم ببطلان العقد لمخالفته للنظام العام والـــذي يخفف من تعلق ذلك بالنظام العام ويجعل عقود الإعداد في الغالـــب تسري وفق الاتفاق على هذا المعيار هو ان هذه العقود هي فـــي الغالب عقود دولية . وقد رفضت محكمة النقض الفرنسية مثلاً اعتماد معيار سعر النقض في البورصة لتحديد المقابل الا في العقود الدولية [١] .

ثانياً / شرط قابلية معيار القيمة للتعيين .

يجـــب ان يكون معيار القيمة معيناً عن إبرام العقد ويتم تعيينه عبر اعـــتماد الرقم المحدد من قبل الجهات والسلطات المختصة في شانه فـــي تـــاريخ معين [٢] يتم الاتفاق عليه وعلى كل هذه التفاصيل بين المـــتعاقدين ، ومن ثم يكون على كاهل المتعاقدين متابعة التطورات والتغيرات التي تحصل على هذه القيمة المعينة أثناء تنفيذ العقد ، فقد

---

(2) cass.1.civ 15 Juin 1983 n°82-11882 Jcp.ed G 1984 11,n° 20123,ca Verseailles 12 ch .18mai 1989 juris-Data,n° 42257.j.Ghestinet.M.Billian.o.p.cit,n° 43.p.75

يمكـــن مـــراجعة د/ مـــصطفى محمـــد الجمال – عقد البيع –الفتح للطباعة والنشر – الإسكندرية ١٩٩٨ ف ٢٤– ص ٣٠–٣٣ .

(٣) د/ فـــاروق الحفناوي / عقود البرمجيات / مرجع سابق – موسوعة قانون الكمبيوتر ونظم المعلومات –ج٢ ص ٢٣–٤٥ اتفاقية نموذجية لتنفيذ نظام معلوماتي متكامل .

تتغيـــر الظـــروف في بلد ما مما يلجأ السلطات المختصة الى تعديل هـــذا المعيار او حتى إلغاءه بسب ظروف اقتصادية معينة ، فيصبح غير موجود ، او ممنوع التعامل به ، مما ينعكس فوراً على المقابل فـــي عقـــد الإعداد فيصبح غير قابل للتعيين ويستحيل به تنفيذ العقد الذي يعتبر منفسخاً بحكم القانون ، لزوال شرعيته عن التنفيذ بسبب تخلف المحل وهذه الحالة تعتبر من محاذير اللجوء إلى معيار القيمة [1] ولا يمنع ذلك بالطبع الطرفين من الاتفاق مجدداً على معيار أخر ... الـــخ ولكن يبقى السؤال الذي يطرح نفسه ؟ هل حقاً يمثل معيار القـــيمة الـــبدل او المقابل الحقيقي تبعاً للوضع الاقتصادي في بلد ما وهـــل ذلـــك سيبقى عادلاً اذا اختلفت البلدان ؟. ونعتقد من الصعب الإجابة بدقة على هذا السؤال، فغالباً ما ترتب على هذا المعيار غبنا لأحـــد المـــتعاقدين وذلك لان معيار القيمة في كثير من الحالات لم يمثل مقابلاً عادلاً لما يستحقه احد أطراف العقد سواء كان منتجاً او مستخدماً "مستفيداً " .

هـــذه بعـــض طرق تعيين البدل او المقابل في هذه العقود وهي كما أســـلفنا ليست محصورة بهذه الصور ، فسوق البرمجيات يفرز كل يوم طريقة جديدة لا ضير من إعمالها اذا كانت مشروعه وتتسق مع إحكام القانون .

نستخلص مما سبق ان عقود إعداد البرامج لها محل التزام مزدوج ، البرنامج الذي هو محل التزام المبرمج والذي سيقوم بإعداده والعمل علـــى انجازه وفق شروط العقد التي يجب ان تحدده وتبين تفاصيله

---

(١) . د. رشوان حسن رشوان – مرجع سابق ف ٧٧ ص ١٧٩ .

والوظائـــف التي يجب القيام بها تحديداً دقيقاً ومفصلاً لكونه المحل الأساسي لهذا العقد وإلا اعتبر العقد باطلاً ، والمقابل او البدل الذي يجب ان يكون معيناً او قابلاً للتعيين حتى يتوفر الاستقرار التعاقدي فيما ين الأطراف ورأينا كيف يتم تعيينه او جعله قابلاً لتعيين .

الفصل الثالث

دراسة لبعض العقود النموذجية

تفسير عقد الإعداد

ان وثائق العقد في مجال عقود إعداد برامج الحاسب ، يمكن لها ان تحل مشاكل كثيرة بشان تفاصيل هذه العقود والمقابل الذي ألتزم به الأطـــراف ، مع الأخذ بعين الاعتبار ان اغلب طرق التعاقد في هذا المجـــال ، غـــدت عـــبـــارة عـــن نماذج عقـــدية (عقود نموذجية مـــتعارف علـــيها فـــي ســـوق البـــرامج)[1] يتم من خلالها تحديد الالتـــزامات بشكل دقيق والأسعار ، والتفاصيل ، وتفاصيل الأجهزة الخاصة بهذه البرامج أيضاً والمعدات والمدة وطريقة الدفع ... الخ.

ولا عـــيب فيها في رأينا كونها أنموذج ، شريطة ان تحفظ التوازن في الالتزامات او توازن العقد بالنسبة لأطرافه .

ولان هـــذه العقود تبرم في الغالب بين طرفين غير متكافئين ، حيث يكـــون فـــيها المبـــرمج " المنتج" يستحوذ على معرفة وخبرة تقنية عالية، يصعب على العميل العادي استيعابها ومجاراتها ، حيث تتسم هـــذه العقـــود بتعقـــيدات تكنولوجية ، وأساليب كثيرة فنية وقانونية

---

(١). د/ فاروق الحفناوي / موسوعة قانون الكمبيوتر – مرجع سابق ج٢ ص ١٣-٢١ .

للتعاقد [1]، فمن اجل كل ذلك تلعب نظرية عيوب الإرادة دوراً هاماً في نطاق عقود الإعداد ، فكما رأينا سابقاً بالنسبة لعيب الغلط مثلاً تعد صفة عدم الخبرة او عدم الاحتراف ، عنصراً جوهرياً في قبول ادعـــاء المـــتعاقد الوقوع في غلط جوهري في الوقت نفسه يصعب قـــبول الغلـــط مـــن الطرف المتخصص ، الا اذا اثبت انه قدم من البـــيانات والوثائق والمستندات العقدية ما يعتبر كافياً لتلافي الوقوع في الغلط . وقد جرى القضاء على قبول إبطال العقد اذا ثبت وقوع المـــتعاقد فـــي غلـــط جوهـــري(مثل عدم مناسبة البرنامج للوفاء بالغـــرض المطلوب او غلط في طبيعة العقد كمن يتعاقد معتقداً انه بيع ثم يتضح انه إيجاراً او ترخيصاً بالاستعمال)[2].

وقـــد تـــبدو أهمية مستندات وأوراق هذه العقود أوضح في الحالات التي قضي باعتبارها تدليساً، فقد رأينا كيف ان القضاء قد درج في حـــالات اصطناع مستندات وأوراق غير حقيقية او في سبيل تشجيع ضـــعيف الخبرة غير المعترف على التعاقد على اعتبار ذلك تدليساً مبطلاً للعقد وسبباً للحكم بالتعويض .

هـــذا بالإضـــافة الى ان أهمية صياغة العقود بطريقة واضحة تعبر بجـــلاء عن حقوق والتزامات الطرفين ، وهذه المسؤولية نكاد نجزم بوقـــوع ثلاثة أرباعها على عاتق المبرمج " المنتج " فهو الذي يعد

---

(١). يمكن مراجعة د/ حسن عبد الباسط جميعي – مرجع سابق ص ١٧٥ ود/ جمال عبد الـــرحمن علـــي – مـــرجع سابق ص ٤٠-٤٣ . ود/ حسام الدين لطفي- عقود خدمات المعلومات – مرجع سابق ص ١٥٠-١٥١ .

(٢)..C.A Paris 10 Juill.1992 .Juris-Data.n^{0}22943 أشـــار إليها د. محمد حسين منصور – مرجع سابق ص٦٢ .

في الغالب نماذج للعقود في صورة مطبوعة ومعده سلفاً حيث يكون المستخدم او العميل لا يملك هامشاً كبيراً من حرية نقاشها ، بالإضافة الى انه من المقرر في مثل هذه العقود ان كل عبارة او شرط مشوب بالغموض او الإبهام سيتم تفسيره في غير صالح المبرمج على اعتبار انه الطرف القوي ذي الخبرة في هذا المجال .[1]

من هنا تبد أهمية تفسير هذه العقود لصعوبتها ولكثرة تفاصيلها وللنزعة التي أصبحت تتبناها اغلب تشريعات دول العالم في حماية المستهلك او الطرف قليل الخبرة في مواجهة المنتج ان جاز لنا التعبير باعتبار العميل او المستخدم مستهلكاً في عقود البرمجيات وسنحاول من خلال هذا الفصل دراسة بعض تفاصيل هذه العقود من خلال ما هو مطروح في سوق البرمجيات من عقود نموذجية محاولين البحث في وثائق هذا العقد وشكله وإمكانية ارتباطه بإذعان

---

(١). تطبيقاً لذلك قضي في فرنسا بأن عدم وضوح صيغة توريد برنامج الحاسب يؤثر على إرادة المتعاقدين ، وبالتالي على تكوين العقد .Juris- C.A Paris 25marus.1988 Data.n. 21681 وقضي أيضاً بأن عدم وضوح مضمون التزام الشركة فيما يتعلق بتوريد برامج حاسب محل التعاقد بعد إخلالا بالتزامها بالإعلام مما يؤثر على إرادة العميل " المستخدم" حيث يتبين له عدم ملائمة تلك البرامج لاحتياجاته Cass.civ.13oct.1993 .R.Jd-a1994.n17.

مشار إليه لدى د.محمد حسين منصور – هامش ص٦٣ويمكن في هذا الشأن مراجعة : . Colin Taper. computer law . ,P.R.p 45

حيث اورد انه في الولايات المتحدة مثلاً يجري العمل في مجال البرامج والأنظمة على اتباع تعليمات قياسية معينة تصدرها الحكومة الفدرالية بصفة دورية وتتعاون معها عدة هيئات متخصصة .

معين او تعسف طرف في مواجهة الأخر وكيف تتم حماية المستهلك وذلك في مبحث اول ونبحث في سريان هذه العقود من حيث المكان والزمان في مبحث ثاني .

المبحث الأول

وثائق العقد

ينعقد عقد الإعداد طبقاً لمبدأ الرضائية في انعقاد العقد أي بمجرد ارتباط القبول بالإيجاب ، وينحصر دور الكتابة او تحديد العقد في شكل كتابي معين للإثبات ، هذا حسب القواعد العامة ، ولكن في عقود الإعداد وللأسباب التي تحدثنا عنها سابقاً من كثرة تفاصيلها ودقتها وتقنية هذه العقود العالية ، تبقى في رأينا الكتابة تلعب دوراً أهم بكثير من دورها في إثبات العقود الأخرى ، فالنزاع حول هذه العقود من المستحيل ان يحسم بدون وثائق مكتوبة وكذلك اقتران هذه العقود في كثير من الأحيان بالبعد الدولي في التعاقد يجعل من الكتابة عنصراً أساسياً فيها .

والأصل في هذه العقود ان العقد يتجسد في المحرر الذي يتم توقيعه بين الأطراف ، حيث يتضمن شروط ومضمون التعاقد وعادة ما يلحق بمثل هذه العقود مستندات إضافية يقدمها احد المتعاقدين الى الآخر مثل الكتيبات والأوراق الدعائية المطبوعة[1]، وهناك

---

[1] يذهب الاتجاه المعاصر في الفقه الى اعتبار الأوراق الدعائية المطبوعة حول البرامج وإمكانياتها لا تمثل مجرد إعلان دعائي حيث أنها بما تتضمنه من تفاصيل تؤثر على رضا المتعاقد الاخر بالتعاقد تعتبر جزء من العقد وتلزم من أصدرها بما ورد فيها حماية

الملحقـــات التـــي تعتبر حجة على المتعاقد ملزماً بما ورد فيها مثل الشروط العامة او الصيغة النموذجية [1] التي يتم الإحالة إليها حيث لا بـــد مـــن ان يكـــون المتعاقد على علم بها عبر إعطائه نسخة او الإشارة إليها بوضوح وتمكينه من معرفتها .

ولا ينبغي في هذا المجال إغفال المستندات التفاوضية مثل الرسائل المتبادلة او محاضر الاجتماعات وطلبات الشراء .

المطلب الأول

شكل العقد

يحرر عقد المعلوماتية في الغالب بعدة نسخ أصلية يتم التوقيع عليها مـــن قـــبل أطرافه ، بحيث تعتبر حجة على الغير وعلى موقعيه ، ولكـــن تكمـــن أهمية هذه النسخ في صياغتها اللغوية وخصوصاً أن اغلـــب الحـــديث يدور عن تكنولوجيا تحمل مصطلحات لها أسماء انجليزية وفرنسية في الغالب ، فيجب توخي الحذر عبر استخدام ما يقابلهـــا باللغـــة العـــربية او بقاءها بلغتها الأم مع وضع المرادف

للمـــستهلك .. الخ . د/ محمد حسين منصور – المسؤولية الالكتروني / مرجع سابق ص ٦٥. د/ حسام لطفي مرجع سابق ص ٢٠٧ وما بعدها ود/ خالد مصطفى فهمي – الحماية القانونية لبرامج الحاسب – مرجع سابق ص ١٤٣ وما بعدها .

(٢) يمكـــن مـــراجعة الفقـــرة ١و٢ مـــن المادة ٧٧ من قانون التجارة المصري الجديد ومذكـــراتها الإيضاحية حيث جاء فيها ما معناه ان على المنتج تقديم المستندات التفصيلية الشارحة للمعرفة والتكنولوجيا وتقديم المساعدة =

=الفنية عبر تقديم كافة المستندات والمعلومات والوثائق الفنية اللازمة واعتبارها جزءاً من العقد مجلة المحاماه – ملحق تشريعات يونيو ١٩٩٩ – مرجع سابق ص٣٨٦ وكذلك يمكن مراجعة –د. عبد الفتاح مراد–مرجع سابق ص ١٠٤.

المناسب [1] ، لأن أي خطأ في هذا المجال قد يكون قاتلاً او يؤدي الى فشل النظام المعلوماتي الذي سيعمل بموجبه المشروع مثلاً . وهنا كانت النصائح التي أوردها الفقهاء في هذا المجال والتي وردت في صفحات سابقة من هذا البحث بوجوب استعانة العميل " المستخدم" بخبير للتفاوض والاتفاق وتحديد ما هو مطلوب بدقة متناهية .... الخ .

لذلك فإن من مصلحة المتعاقدين ان يحررا العقد بلغة واضحة ومفهومة دون لبس او غموض ، واذا ما اختلفت لغتهما ان يتفقا على لغة معينة هي التي تحكم العقد وأثاره [2]

وحيث انه لا يوجد معيار ثابت، يتم الاعتماد عليه من قبل المتعاقدين لتحرير العقد بطريقة مفصلة وإجمالية بحكم ان مثل هذه العقود يتضمنها تفصيلات كثيرة فان الشركات تلجأ الى التفصيل بأن تقول مثلاً في بعض عقودها النموذجية.

اتفاقية إنتاج وتطوير البرمجيات .....

تمهيد ويأتي بعد مقدمة العقد وتفاصيل الأطراف وعناوينهم وأرقام وبيانات المراسلات وممثليهم ، وعدد الملاحق .....الخ

---

(١).د/ حسن جميعي – مرجع سابق ص١٦٦-١٦٧- ويمكن مراجعة – فاروق الحفناوي – موسوعة قانون الكمبيوتر –ج١ عقود البرمجيات – مرجع سابق ص٣٢ -٣٩ . د/ حسام لطفي – المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض من غير دار نشر– القاهرة ١٩٩٩ ص ٥ وما بعدها .

(٢).د/ محمد حسام لطفي / استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وابرامها – القاهرة ١٩٩٣ ص٧ .

يـــرغب الطرف الأول إنتاج برمجيات كمبيوتر تقوم بالمهمة ..... بمواصفات ومزايا معينة وارده تفصيلاً في ملاحق هذه الاتفاقية .

وحـــيث أبـــدى الطـــرف الثانـــي القدرة والرغبة في تطوير وإنتاج البرمجيات موضوع هذه الاتفاقية وقدم عرضاً بذلك برقم وتاريخ .. وقـــد لاقـــى هذا العرض قبولاً من الطرف الأول لذا فقد تم الاتفاق بينهما وفقاً للشروط والأحكام الواردة فيما يلي :

مادة (١) التمهيد السابق والعرض المقدم من الطرف الثاني برقم .. بـــتاريخ ... والملاحق المرفقة وعددها خمسة ملاحق تعتبر جزء لا يتجزأ من هذه الاتفاقية وبيانها كالتالي :

ملحق رقم (١) البرمجيات Software

ملحق رقم (٢) الجدول الزمني Development Timetable

ملحق رقم (٣) المواصفات الفنية Specification

ملحق رقم (٤) خطة القبول

ملحـــق رقـــم (٥) نمـــوذج قـــبول البرمجيات Acceptance or Accepted[1]

طبعاً وكأي عقد تقليدي لا بد من التفاهم على هذه الملاحق والتوقيع علـــيها كالتوقيع على الاتفاقية الرئيسية وتشمل هذه الملاحق كل ما يمكن ان يثار أثناء تنفيذ العقد من مشاكل وجميع المواصفات .. الخ

---

(1) Means acceptance of any part or the whole of the software which has successfully passed the acceptance test specified in the specification. ويمكـــن الـــرجوع الـــى جداول العقود باللغة الانجليزية عند د/ فاروق الحفناوي / مرجع مشار اليه في الهامش رقم (٢) .

وفـــي محاولـــة لتفسير عقد نموذجي نلاحظ من خلال دراستنا مثلاً للعـــناوين الرئيـــسية فـــي ملاحقه ان دلائل ومعاني الملاحق كانت كالتالي :-

١. البـــرمجيات : هـــي برامج " او برنامج " الكمبيوتر التي تم الاتفـــاق علـــى قيام الطرف الثاني " المبرمج" [١]بتصميمها وتطويرها لحساب المستخدم " الطرف الأول " .

٢. الجـــدول الزمنـــي : هـــو جـــدول متفق عليه بين الأطراف لمباشرة أعمال الإعداد " والتطوير ممكن " حتى نهايتها ويتم تفصيله خطوة بخطوة [٢].

٣. المواصـــفات الفنـــية : وهي الخصائص الفنية والمواصفات الخاصة بالبرامج التي تشكل في مجموعها قدرتها على القيام بالوظائف المرجوة منها والتي يتم تحديدها من قبل المستخدم اولاً والمبرمج او المنتج ثانياً بقبوله والتزامه ليس ببذل جهد.

---

(١).مبـــرمج (او منـــتج البـــرامج) هو الشخص الطبيعي او المعنوي الذي يحترف عمل البرامج بناء على تكليف من قبل المستخدم بانتاج برنامج (برامج معينة) خصيصاً لخدمة نشاط هذا المستخدم سواء كبر هذا النشاط (كما في المؤسسات التجارية الكبيرة او المنشات الـــصناعية الـــضخمة) او صـــغر مـــثل (مكتب محامي اوعيادة= =طبيب) . Hector .Macqueen, (professor of private law .university of Edinburgh). - software Transactions and contract law- Hart Publishing oxford1999.p 122-127.

(٢).جـــرى العـــرف فـــي مجـــال البـــرامج بقيام المنتج او المبرمج بإرسال كتب دورية للمستخدمين المتعاقدين معه تتضمن إعلانا بوقت صناعة البرامج والتسهيلات والإمكانيات التي تدخل عليه ان كان قد تم تطويره وكان قد اعد ابتدءا – يمكن مراجعة د/ أمية علوان – دروس فـــي ضمان العيوب الخفية في عقد البيع في القانون المصري والفرنسي لطلاب الدبلوم الخاص – القاهرة ١٩٨٨ –١٩٨٩ ص ٥٥ وما بعدها .

فـــي قـــيام هذه البرامج بوظائفها بل بنتيجة قيام هذه البرامج بالوظائـــف التـــي علـــى أساســـها تم اقتراح التعاقد ومن ثم قبوله[1].

٤. نمـــوذج وخطة القبول : وتعني الخطة التي يقترحها الطرف الثانـــي ويوافق عليها الطرف الأول حيث يقترح المبرمج "أو المنـــتج" خطة ونموذج للمستخدم تتضمن إجراءات ومعايير تـــتخذ أساســـاً لقـــياس قدرة البرنامج او البرامج على أداء وظائفه المرجوة منه تأسيساً على المواصفات المتفق عليها .

أمـــا نموذج القبول في هذه العقود فيقترن دائماً باختبارات معينة كـــأن يـــتم الاتفـــاق على قيام المبرمج او المنتج باقتراح وثيقة تـــصميم الـــنظام System Design Document بما في ذلك نمـــاذج العـــرض خـــلال مدة معينه ، ويقوم قبل الموعد المحدد لتـــسليم البرمجيات بإعداد عينه من البيانات Test Date التي يـــراها مناسبة لفحص واختبار مدى صلاحية البرنامج ومطابقته للمواصـــفات شـــرط ان تخـــضع هذه العينة لموافقة المستخدم "الطـــرف الأول [2]" ومـــن ثم يتم تحديد موعد باتفاق الطرفين لإجـــراء اختبارات القبول طبقاً لعينة البيانات التي على الأجهزة مع ضرورة استعداد الطرفين لتقديم كافة التسهيلات وإبداء حسن النوايا في إتمام عملية الاختبار .

---

(١) د/ حسن جميعي – عقود برامج الحاسب – تقسيم البرامج وفق المعيار الفني – مرجع سابق ص ١٦-٢١.

(٢) د/ فاروق الحفناوي – عقود البرمجيات – مرجع سابق ص ٢٤٠ .

فـــإذا تحققت النتائج المتوقعة والمتفق عليها بين المتعاقدين ، يتم قـــبول البـــرمجيات فوراً من جانب المستخدم " الطرف الأول " ويقوم بالتوقيع على شهادة بقبول البرمجيات على الملحق المرفق بهـــذا العقـــد او هـــذه الاتفاقـــية بحيث تعتبر البرمجيات مقبولة ومطابقة للعقد بمجرد اجتيازها لاختبارات القبول بنجاح وبعبارة أخـــرى تعتبر مقبولة متى اجتازت وضع التشغيل الفعلي Live operation بنجاح [1] .

ولكـــن مـــا هو الحل لو أخفقت البرامج في معالجة العينة؟ من قـــراءتنا لبعض العقود التي تعمل من خلالها شركات عالمية في هذا المجال نلاحظ ان هذه الملاحق تعطي فرصة أخرى للمنتج " المبـــرمج" فـــي موعد أخر يتم الاتفاق عليه بين الطرفين بحيث يجـــري إعادة الاختبار بذات الأسس والشروط فان أخفقت يكون للمـــستخدم او الطرف الأول فسخ العقد واسترداد ما دفعه للمنتج بحيث تورد الشركات بنداً ينص على ان استرداد ما تم دفعه هو الحـــد الأقصى للتعويض المستحق للمستخدم او ان يعطى المنتج او المبـــرمج فرصـــة أخـــرى أي مدة زمنية يتم الاتفاق عليها

---

(1) Rays man Richard and Brown Beter,Computer law – Drifting and Negotiating forms and Agreements-low Journal-seminar press . vo21998.p.2.18..

وكـــذلك يمكـــن مـــراجعة Claren H.Ridly and peterQuittmeyer and John Matuszeski-computer software Agreement-Forms and commentary-Revised Edition .USA warren Gorham Lamont 1998 p.24-3

لإجـــراء الـــتعديلات او اســـتبدال أجزاء بحيث تمكن النظام من اجتياز اختبار التشغيل والصلاحية [١] .

وهذه الطريقة هي أشهر الطرق في التعاقد بهذا المجال و Time and Material وهـــي طـــريقة مفصلة كونها تعتمد على ذكر التفاصيل بعد وضع الفقرات الأولية كالمقدمة والعنوان والأسباب الموجبة للتعاقد وتعريف بعض المصطلحات ، ومن ثم تخصص مـــواد في العقد لبيان بدايته ونفاذه ونهايته وشروط تعديله وكيفية التفـــسير وطـــرق حل النزاع " تحكيم ، قضاء" والقانون واجب التطبيق ، ودائماً كما أسلفنا يرفق مع مثل هذه الاتفاقيات كتيبات للتوصـــيف ألمـــستندي للبـــرامج ودليل لأغراض التنفيذ ووثائق تفـــسيرية بالإضافة الى الملاحق التي تعتبر جزءاً لا يتجزأ منها [٢] وفتـــرة صـــيانة ان وجدت [٣] وحقوق الملكية الفكرية التي سنناقـــشها فـــي الفصل الأول من الباب الثاني من هذه الدراسة والتـــي تبقـــى دومـــــاً بمـــوجب هذه الاتفاقية ملكاً " للمنتج او المبرمج" (سواء كانت اختراع او حقوق مؤلف او أسرار تجارية او علامات تجارية ...) طبعاً المتعلقة بالبرامج حل العقد [٤].

(i) Hector .L.Macqueen. Software transactions and contract law-P.R p128-130,some typical terms.

(٢).د/ عزة خليل – مشكلات المسؤولية المدنية – رسالة – مرجع سابق ص ٤١-٦٠

(٣).عـــادة في مثل هذه العقود ما يتفق الأطراف على سعر ونوع الخدمات التي تقدم من قـــبل المنـــتج اثناء فترة الصياغة وذلك في ملحق خاص بها في الاتفاقية / راجع د/ حسن جميعي –عقود برامج الحاسب – مرجع سابق ٢٤٦-٢٤٨ .

(٤).د/ شـــحاته غريب –برامج الحاسب والقانون – مرجع سابق ص ٥٢-٥٩ و د/خالد مصطفى فهمي – الحماية القانونية لبرامج الحاسب الالي – مرجع سابق ص ٧٩ .

وعـــادة ما يصر المستخدم او المستفيد في مثل هذه العقود على اعتـــبار المفاوضات العقدية والتمهيدات وعروض المنتج جزءاً مـــن هكذا اتفاقيات حيث يورد نصاً بذلك فيها كأن يقول (التمهيد السابق ومحاضر المفاوضات ما قبل العقدية والعروض المقدمة مـــن الطـــرف الثانـــي برقم كذا وتاريخ كذا و الملاحق المرفقة وعددها كذا تعد جميعاً جزء لا يتجزأ من هذه الاتفاقية).

وهـــناك فـــي سوق البرمجيات وإعدادها طرق اخرى للتعاقد عليها لطـــريقة النموذج والتي تعتمد على عقد محرر مسبقاً يشكل نموذج عقـــدي "standard" ولا مجال فيه للتعديل او المفاوضات ورغم ان هـــذه الطـــريقة اقـــل بالـــتكلفة علـــى الطرفين الا أنها لا تستجيب لمقتضيات العلاقة التعاقدية ولا تتعرف على مفاوضات عقدية او ما شابه ، ونرى ان هذه الطريقة تنسجم مع عقود بيع البرامج أكثر من انسجامها مع عقود اعددها .(١)

وكـــذلك هـــناك طريقة القائمة او الجداول والتي تعتمد على جداول بالـــشروط التـــي يـــتم الاتفاق عليها من قبل الأطراف ومن ثم تتم صـــياغة العقد ولكن تتطلب الصياغة هنا دقة متناهية تجنباً للتناقض والغمـــوض وهذه الطريقة أفضل في رأينا من طريقة النموذج لأنها يمكن ان تلبي احتياجات الأطراف بالذات المستخدم .(٢)

---

(١).د/ حـــسن جميعي – مرجع سابق هامش ص ١٧٢ . د/ نوري حمد خاطر – عقود المعلوماتية – مرجع سابق ص ٦٧ .

(٢). Hector .L MoQueen-some typical terms. P.r p 132

ويمكـــن مـــراجعة د/ محمد حسين منصور– المسؤولية الالكترونية – مرجع سابق ص ١٣٣-١٣٦ .

يتضح لنا مما سبق ان شكل العقد وبالذات فيه صياغته يجب ان تتم بطـــريقة جـــيدة تنم عن فهم جيد وخصوصاً من قبل المستخدم الذي يـــريد ان يـــتعاقد مع خبير البرمجة " المنتج، المبرمج" لان الأخر محتـــرف فـــي مـــواجهة الأول ولذلك نقترح دوماً ان تسبق التعاقد مناقـــشات ومفاوضـــات واستعانة بخبراء في هذا المجال ان أمكن بحـــيث تـــساعد المستفيد او المستخدم باختيار الطريقة المثلى التي تناسبه للتعاقد والتي تحقق صالحه أثناء تنفيذ العقد لذلك دائماً نركز علـــى قـــضية الاســـتعانة بالخبراء خاصة اذا كان موضوع العقد الإعـــداد او محلـــه أجهزة وبرامج اي معدات ترافق البرامج سيقوم طـــرف وهـــو الشركات عادة بإعدادها وصنعها لصالح طرف هو المـــستخدم قليل الخبرة عادة (أي مقاولة إعداد كاملة) او كما يسمى عقد تسليم مفتاح . (١)

وبالنسبة للعقود النموذجية فبالنظر الى سبق الولايات المتحدة والدول العـــربية في مجال إنتاج الحاسب وبرامجه فان هذه العقود عادة ما تكـــون مكتوبة بطريقة نمطية وبلغة أجنبية وبالذات بالنسبة للبرامج التـــي تباع في الأسواق (البرامج النمطية التي سبق الحديث عنها) فعقـــودها تكـــون مليـــئة بالمـــصطلحات الفنـــية والقانونية الغريبة والمستعصية على المستخدم في بلادنا فيقبل العقد دون فهم لشروطه

---

(١).عرف الأستاذان ليان وهولاند عقد تسليم المفتاح في مجال عقود الإعداد (ذلك العقد الـــذي يقوم به العميل "المستخدم " بتحديد احتياجاته وأغراض استعمالاته بشان توريد نظام حاســـب متكامل يشمل الاجهزة والبرامج ويطلب من المورد المتخصص ان يقوم بإعدادها وتـــسليمه اياها خلال مهلة زمنية يتم الاتفاق عليها) . راجع في ذلك د/ حسن جميعي – مرجع سابق ص ٩٦.

لـــذلك فانـــنا نهيب بالمشروع في فلسطين ان يحذو حذو المشروع الفرنـــسي بالقانـــون الـــصادر فـــي ١٩٧٥/١٢/٣١ بشأن الالتزام باســـتخدام اللغة الفرنسية في مجال ترويج السلع والخدمات فقد جاء فـــي مادته الاولى (في عرض وتوزيع السلع والخدمات او الدعاية المتعلقة بها او التعاقد عليها سواء بشكل مكتوب او شفوي وفي شأن بـــيان تـــشغيل او استخدام هذه السلعة او الخدمات وشروط التعاقد والـــضمانات ، فان استخدام اللغة الفرنسية يكون أمراً الزامياً وفي ســـياق الوثائق المحررة باللغة الفرنسية فانه يحضر استخدام أي لغة أجنبية او مصطلح وجد بديل له باللغة الفرنسية).[١]

طـــبعاً مـــع العلـــم ان نفس المشرع الفرنسي لم يحظر استخدام لغة أجنبية لكن بجوار اللغة الفرنسية .[٢]

---

(١) د/ حسن جميعي – مرجع سابق ص ١١٨ .

(٢) يلاحـــظ ان التوجه الأوروبي رقم ٩٧/٧ في هذا الشأن في الحيثية رقم ١٢ والخاصة بحماية المستهلك قد نص على (يجب ان يظهر طابع المعلومات التجاري دون أي غموض ويجـــب ان يـــتم الإدلاء بها للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة – بكل الوسائل الملائمة ....الـــخ) ومن ثم احال قضية اللغة الى قوانين الدول الأعضاء .ولكن المرسوم الفرنسي الذي صدر إعمالا الى هذا التوجيه لم يتحدث عن اللغة وإنما تركها للقانون رقم ٦٦٥ /٩٤ الـــصادر بتاريخ ١٩٩٤/٨/٤ فقد ورد في مادته الثانية وجوب استخدام اللغة الفرنسية في كل وصف للشيء او المنتج او الخدمة وطريقة التشغيل والاستعمال وتعيين نطاق وشروط الضمان وكذلك فيما

يقـــدم من مخالصات – راجع في هذا الشأن د/ أسامة ابو الحسن مجاهد– مرجع سابق ص٦٥ ود/ محمد حسن قاسم / التعاقد عن بعد – دار الجامعة الجديدة للنشر – الإسكندرية –٢٠٠٥ ص ٤٠–٤١.

وان كان يصعب أعمال اللغة العربية في شأن التكنولوجيا وعقودها الا ان التجـربة أثبتت ان ذلك ممكناً والدليل ان المواد الغذائية مثلاً المـصنعة في دول الاتحاد الأوروبي اغلبها تصل جمهورية مصر العربية متضمنة ترجمة عربية للمكونات والتصنع .... الخ فلماذا لا يـنعكس ذلـك علـى التكنولوجـيا أيضا ، لذلك نهيب بالمشروع الفلـسطيني والعربـي اشتراط اللغة العربية ليس تعصباً ولكن لكي نوفر للمستهلك في بلادنا تقنية يفهم معظم لغتها .

ونـستخلص أيضا أن صياغة العقود نفسها وبالذات النموذجية منها يجـب ان تتـضمن عـبارات واضحة ومصطلحات فنية وقانونية مبسطة تتيح للمستخدم المخاطب بها مقدرة عالية على فهم بنودها ، خـصوصاً اذا كـان الـتعاقد بطـريقة نموذجية على برامج شائعة ومعروفة في الأسواق او أجهزة شائعة ذات قدرات متاحة ومعروفة والتي لا تتضمن ذكر تفاصيل كبيرة او إجراء مفاوضات خصوصاً كما أسلفنا اذا كان الحديث يدور عن عقد بيع مثلاً لبرنامج او جهاز نمطـي والذي يكون في الغالب المستفيد او المستخدم لا يملك خياراً فـي تعـديل أي بند فإما أن يقبل او ان يرفض وهذا ما جعل عقود الإذعـان لهـا دور كبيـر في وصف بعض عقود الإعداد وهو ما سنبحثه الفرع التالي .

الفرع الأول

شيوع بعض عقود الإذعان في هذا المجال

كـنا قـد سـلمنا سابقاً ان الطرف الأكثر قدرة من الناحية الفنية او القانونـية والاقتصادية هو من يملي شروطه على الطرف الأخر ، وقـد يقـوم بنفـسه بإبـرام العقد بحيث في أغلب الأحوال لا يملك الطـرف الأخـر الا قبوله بكل شروطه او رفضه ، أي لا يملك ان يناقش البائع المهني [1].

وعـند الحـديث عـن عقد من عقود الإعداد فان الإذعان يمكن ان يتضح جلياً في اغلب الاتفاقيات المبرمة في هذا المجال وخصوصاً عـندما يكـون الحـديث عـن برامج نمطية معده مسبقاً وموجودة بالأسواق ترافقها عقود نموذجية ليس للمستهلك أي خيار الا ان يأخذ او يضع Keep it or leave it.

ورغم ان الأنظمة القانونية المختلفة قد حاولت التخفيف من الشروط التعـسفية التـي ترد في العقود التي تتسم بكون احد المتعاقدين فيها أقـوى مـن المتعاقد الأخر ، الا أنها لم تبين موقفاً رادعاً في عقود الإعـداد تحديداً او والذي يمكن ان يتمحور ضعف وقوة أطرافه في

---

(١).ذهـب الفقه والقضاء الفرنسيان الى إطلاق اصطلاح البائع المهني بصفة عامة على طائفتين الاولى تضم الصناع الذين يصنعون البرامج ثم يقومون بتصريفها بأنفسهم والثانية وتـشمل الـتجار الوسطاء الذين يقومون بتصريف انتاج غيرهم – انظر في ذلك – د عبد القادر علي الحاج – مسؤولية المنتج والموزع – رسالة دكتوراه – جامعة القاهرة ١٩٨٢ ص ٤٨ ومـا بعدها ود ثروت فتحي اسماعيل – المسؤولية المدنية للبائع المهني (الصانع والموزع – رسالة دكتوراه حقوق عين شمس / ص٨٢ وما بعدها.

فكرة اختلاف الخبرة بينهما وليس فقط الشروط الأخرى التي نعرفها في عقود الإذعان ، لذلك فيمكن ان تشكل الخبرة اهم ظواهر الضعف التعاقدي التي يحاول القضاء التصدي لها في اغلب النظم القانونية الحديثة .[1]

قلنا ان التعامل في عقود الإعداد اذا كان على برامج معده مسبقاً فان المبرمج او المنتج هو الذي ينفرد بإعداد العقد وصياغته بشكل نموذجي مما يتيح له فرض بعض الشروط المجحفة بحق الطرف الأخر والتي لا يكاد يخلو منها أي عقد من عقود الإعداد .وإذا كان المشرع المصري قد تنبه لتلك المحاذير وإمكانية الإجحاف بحق الضعيف في العقود بشكل عام فحدد بنص المادة ١٠٠ من القانون المدني المصري ما هو المقصود بعقد الإذعان (القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقرره يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها.)[2] فان القضاء في مصر قد زاد على ما أوردته هذه المادة من عدم المناقشة ووضع الشروط بإرادة الموجب المنفردة ، قد زاد عليها احتكار الموجب للسلعة او الخدمة وان تكون هذه السلعة او الخدمة من حوائج وضرورات الناس بمجموعهم وان يصدر ايجابية الى الناس كافة.[3] هذا هو المفهوم الضيق لعقود

---

(١).د. حسن جميعي – مرجع سابق ص ١٦٧ ، د/ فاروق الحفناوي – موسوعة قانون الكمبيوتر ونظم المعلومات ج١ مرجع سابق ص ١٣٥ .

(٢).تقابل المادة ١٠٤ من القانون المدني الأردني والمادة ٩٣ من مشروع القانون المدني الفلسطيني .

(٣).قضت محكمة النقض المصرية (من خصائص عقود الإذعان انها تتعلق بسلع او مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة للمستهلكين ويكون فيها احتكار هذه السلع او المرافق

الإذعـــان ولكن وبعد التطور في مجال التكنولوجيا ونظم المعلومات والاتـــصالات ..... الخ ظهر في مصر اتجاه فقهي جديد يدعو الى تبني مفهوماً جديداً لعقود الإذعان تتبناه الأنظمة والقوانين المعاصرة والحديـــثة يتمحور في اعتبار العقد عقد إذعان إذا تم تجهيزه مسبقاً بواســـطة احـــد المتعاقدين "الموجب مثلاً" ولا يقبل مناقشة للشروط الواردة فيها. (١)

ويـــضيف الأستاذ الدكتور حسام الاهواني ان المتعاقد المذعن يعتبر طرفاً ضعيفاً بسبب عدم إمكانيته او قدرته على مناقشة شروط العقد التـــي فرضت عليه عبر ظروف التعاقد بطريقة العقود النموذجية " النمطية " وهنا تبرز قوة الموجب عبر تكراره لنفس الاعمال وتوفر الخبرة له فيها بحيث دائماً ما يقوم بوضع العقد استقلالاً عن الطرف الآخر ويبرز ضعف الطرف الأخر بعدم قدرته على مناقشة شروط التعاقد .

) احـــد المـــتعاقدين احـــتكاراً قانونياً او فعلياً او تكون سيطرته عليها من شأنها ان تجعل المنافـــسة فـــيها محدودة النطاق وان يكون صدور الايجابي فيها الى الناس كافة وبشروط واحدة . والسلع الضرورية هي التي لا تستطيع مصالحهم بدونها بحيث يكونون في وضع يـــضطرهم الـــى التعاقد بشأنها ولا يمكنهم رفض الشروط التي يضعها الموجب ولو كانت جائـــرة) نقض مدني ٧٤/٣/١٢ س ٢٥ ص ٤٩٢ . وكذلك نقض مدني ٧٨/٢/١٣ طعن ٧٢٦ س ٤٤ ويمكـــن مـــراجعة أستاذنا د. احمد شرف الدين –مصادر الالتزام –مرجع سابق ص ١١٩-١٢٣ ود.حسام الاهواني – النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام – دار النهضة العربية والقاهرة – ص ١٣٢-١٢٤ .

(١).د. حسن جميعي – مرجع سابق ص ١٦٨. د/ حسام الاهواني – مرجع سابق –ص ١٢٥ .

وبـــناءاً علـــيه يمكن ان يتم تكييف كثيراً من عقود الإعداد على إنها عقـــود إذعـــان وبالذات عبر تطبيق المفهوم الحديث والواسع لهذه العقـــود والذي خرج من دائرة كونها محتكرة فعلياً او قانونياً وكذلك كـــونها تمـــثل ســـلعة أساســـية من حاجات الناس مكتفياً بمن يملي الـــشروط والقـــدرة علـــى الـــنقاش لهذه الشروط وخبرة طرف في مواجهة طرف ، بناء على هذا سنقوم بمناقشة بعض بنود أي اتفاقية ولـــنأخذ مـــثلاً اتفاقـــية من الاتفاقيات الموجودة بكثرة في الأسواق للبـــرامج النمطية وبدون ذكر أسماء للشركات فهي اتفاقية مكررة – مثلاً

اتفاقية ترخيص باستعمال برامج الكمبيوتر:

نلاحظ في هذه الاتفاقية النموذجية دائماً على واجهة الغلاف وبشكل واضـــح ومقروء وبعد شروط الترخيص مكتوب ما يلي (بما معناه طـــبعاً)(اذا كنت ترغب في استعمال هذا البرنامج وان تنضم الى قائمـــة المـــرخص لهـــم باستعماله فنرجوك ان تقرأ بإمعان شروط التـــرخيص على ظهر الغلاف ، ونرجوا كذلك الا تفض الغلاف او تفـــتح العـــبوة قبل ان تقرأ هذه الشروط بامعان وان تقبلها وتوافق علـــيها .... ان فـــض الغـــلاف وفتح العبوة يعني موافقتك وقبولك لـــشروط التـــرخيص ومن ثم التزامك بها قانوناً ، وان لم تكن قابلاً للـــشروط فما عليك الا ان تعيد العبوة غير مفتوحة الى الجهة التي قمت بالشراء منها وسوف نعيد لك ما دفعته كاملاً) .

إذن فـــي البدء هو لم يناقشك بل عرض برامج مغلقة بإحكام وعلى عبوة من الأربع جهات او من الجهتين شروط اقبلها كلها او اتركها كلها لكن لا مجال للنقاش فيها [١] واليك بعض الشروط التي يسميها البروفسور هكتور مكويين [٢]

unfair terms in consumer contracts

او الشروط غير العادلة او المجحفة بحق المستهلك (المستخدم) طبعاً والتي يضعها دائماً المهني (المنتج ، المبرمج) [٣]

مـــثلاً –يضمن الطرف الثاني (المنتج او المبرمج) للطرف الأول ترخيـــصاً شخصياً غير قابل للتنازل وغير مقصور عليه (أي ليس للمستخدم فقط)لاستعمال البرامج ... الخ [٤] .

او يقـــر الطرفان ان البرامج المرخصة من المنتجات التي لا تخلو مـــن عـــيوب او أخطاء والتي تظهر عادة أثناء التشغيل ، كما انها

---

(١) Do not open this sealed package until you have read and accepted all the terms of this license and wish to become the licensee of the software. Acceptance shall bind you and all of your employees to the terms of the license. your opening of this package will be deemed to be your acceptance of the following terms. if do you not to accept the terms return this package unopened to the licenser or its agent or other party form whom you obtain this package and any license Fee you may have paid with be refunded to you.

يمكـــن مـــراجعة. Prof –Hector, McQueen-software-transactions and contract-p.r-p.122-128

(٢).أستاذ القانون المدني في جامعة أدنبرة – –مرجع سابق ص ٢١٢ .

(٣). فان ولفرتون – تشغيل أنظمة الكمبيوتر – مركز التعريب والبرمجة . الدار الجامعية للعلوم بيروت ط١/ ١٩٩٩ .

(٤)the second herby herby grants to the first party a personal –non exclusive non- transferable license to use the licensed program materials subject to the terms and conditions hereinafter contained.

عرضـــة للفيروســـات لذلك فان ظهور أخطاء في البرامج لن يعتبر انتهاكاً لهذه الاتفاقية . [١]

او يـــسري الضمان لمدة ثلاث شهور تبدأ من تاريخ شراء الوسيط المحمل عليه البرنامج .....

او يلتـــزم الطرف الاول (المستخدم) باستعمال هذه البرامج والمواد المـــتعلقة بهـــا فـــي معالجـــة البيانات الخاصة به لأغراض أعماله الداخلـــية فقـــط وفي حدود عدد المستعملين المصرح لهم باستخدام البرامج المرخصة

او يحظر على الطرف الأول :

أ- عمل نسخ من البرنامج .

ب- السماح للغير باستعمال البرنامج .

ج- تعديل او ترجمة البرنامج .

د- تفكيك او إعادة هندسة البرنامج [٢].

---

(٥) The licensee acknowledges that software in general is not error free and agrees that existence of such errors shall not constitute a breach of this license. although the licenser on does not warrant that the software supplied here under shall be free from all known viruses it has used commercially reasonable efforts to check four the most commonly known viruses prior to packaging but the licensee is solely responsible for = virus scanning the software . or the licensee a acknowledges that the software in general is not error –free and agrees that the existence of such error shall not constitute a breach of this agreement.

(١)د. محمـــد سعد خليفة – مرجع سابق ص ٢٧-٣١ ود.حسن جميعي – مرجع سابق ص ١٦٦-١٨٠ ود. حمد خاطر – مرجع سابق – ص ٦٩ وكذلك يمكن مراجعة د.هكتور ماكوين – مرجع سابق – ص ١٢٨-١٣٥ .

الـــخ مـــن الشروط التي لا تحتاج الى تفسير فكلها لا مجال فيها لأي نقـــاش او جـــدال وكلها تم وضعها بموجب إرادة المنتج او المبـــرمج الفردية ولا يملك فيها المستخدم الا الموافقة عليها كلها او عدم الشراء مما جعل بعض الفقه يطلق عليها عنوان

Shrink-wrap- software license Agreement

او اتفاقية ترخيص بطريقة الإذعان [١]

وممـــا يـــؤكد ان اعتبار اغلب عقود البرمجيات من قبيل عقود الإذعان هو نظام bundling الذي شاع في الدول المتقدمة في الثمانيـــنات وأوائـــل التـــسعينات بحيث يقوم بموجبه المنتج او المـــتعهد بتجهيـــز المستخدم او المستفيد تجهيزاً كاملاً (حاسوب وبرامج تشغيل ومعدات احتياطية ويضيف عليها المساعدة الفنية بـــشكل احـــتكاري بحيث على المستفيد ان يقبل بالمساعدة على الرغم من إمكانية عدم رغبته فيها ولكنه لا يملك خياراً . [٢]

---

(١) the first party shall use the licensed program for processing it's own data for its own internal business purpose only . the first party shall not permit any third party to use the licensed program nor use the licensed program on be half of or for the benefit or any third partying any waywhats over .

طـــبعاً الخ من هذه الشروط التي يمكن لأي باحث في هذا المجال إيجادها بكل سهولة عبر اطلاعـــه على أي عقد نموذجي يمكن مراجعة د/ فاروق الحفناوي – عقود البرمجيات – مرجع سابق ص ١٢٠.

(٢).تـــم العدول عن هذه الطريقة في عقود مقاولات الإعداد بعد التوجه الكبير في الدول الأوروبـــية والولايات المتحدة لحماية المستهلك وبعد الطفرة الهائلة والمنافسة الشديدة بين الشركات في تقديم البرامج وإعدادها . يمكن مراجعة د/ احمد عبد الرحمن الملحم – نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها– مجلة الحقوق – جامعة الكويت س١٦–٤–٤–١–آذار ١٩٩٢ص٢٤١ وما بعدها .

ان هـذه الـنماذج وتلـك الـشروط وغيرها الكثير من الاتفاقـيات في مجال عقود الإعداد وبالذات عند استخدام العقود النموذجية والتي كما أسلفنا توضع من المتعهد مطبوعة وجاهزة ولا تقـبل أي تغييـر او تعديل فيها لا بد أنها محل انتقاد وذلك لتعارضـها مـع ابسط مبادئ حسن النية في العقود وكذلك فهي دائماً تقترح في التوازن العقدي المفترض فما بالك والحال ان لا تـوازن أصلا في عقود الإعداد ما بين خبير بالبرمجة ومستخدم عـادي لـيس لـه أدنـى معرفة في هذه التقنية ، لهذه الأسباب مجـتمعة نجد ان التشريعات المدنية في اغلب دول العالم تسعى الى الحد من عدم التوازن الناجم عن عقود الإذعان ، بعده طرق كإعطـاء سلطة للقاضي بتعديل العقد مما ينصف او يقترب من انـصاف الطرف المذعن [1] تفسير العقد دائماً لمصلحة الطرف الضعيف او المذعن سواء صدر عنه الإيجاب او القبول .[2]

---

(٢).تـنص المـادة ١٤٩ مدنـي مصري (اذا تم العقد بطريق الإذعان وكأن قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي ان يعدل هذه الشروط او ان يعفى الطرف المذعن منها وذلك وفقـاً لما تقضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك). وهي تقابل المواد ١/ ٢٤٠مدني أردني والمادة ١٨٢ مشروع مدني فلسطيني .

(2) تنص المادة ١٥١مدني مصري على (٢- ومع ذلك لا يجوز ان يكون تفسير العبارات الغامـضة فـي عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن) وتنص المادة ١٩٨ من مـشروع القانـون المدني الفلسطيني (٣- ومع ذلك ففي عقود الإذعان يفسر الشك دائماً لمصلحة الطرف المذعن) وهي تقابل المادة ٢/١٤٠- مدني أردني وكذلك يمكن مراجعة/ أسـتاذنا الدكـتور احمد شرف الدين – نظرية الالتزام مرجع سابق ١١٩-١٢٣ والدكتور عـبد الحكيم فودة – تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن – منشأة المعارف الإسكندرية ١٩٩٣ ف ٢٢٤ ص٣٣٧وما بعدها .

وكـــذلك فـــان هـــذه التـــشريعات تحاول الحد من القدرة الهائلة لـــشركات الإعـــداد وغيـــرها عبر قوانين أخرى كثيرة أشهرها قوانـــين منع الاحتكار وحماية المستهلك والتي ستتضح لنا أكثر عـــند دراســـتنا للشروط المتعارف عليها والتعسف وكيفيته في عقود الإعداد في مطالب لاحقة من هذا الفصل .

الفرع الثاني

الشروط المتعارف عليها

Boilerplate Terms

يـــصادف الـــباحث فـــي هذا المجال أثناء استعراضه بعض العقود المشهورة والاتفاقيات التي تتواجد في سوق البرمجيات شروط تكاد تتكـــرر في اغلب الاتفاقيات والعقود حتى أصبحت شروط متعارف علـــيها ولا نريد ان نبالغ فنقول شروط عرفية ، لأنه ما زالت هناك بعض عقود مقاولات الإعداد التي يمكن ان تختلف بها هذه الشروط بعض الشيء .[1]

---

(١).يمكـــن مراجعة / بيل غيتس – المعلوماتية بعد الانترنت – طريق المستقبل – ترجمة عـــبد الـــسلام رضوان – المجلس الوطني للثقافة والآداب – الكويت١٩٩٨ ص ٣٥ وما بعدها . ومايكر مولدينج – حلول التجارة الالكترونية – ترجمة مركز التعريب والبرمجة – الـــدار العربية للعلوم بيروت ٢٠٠٠ ص ٢١١. وكاتا بلت خطوة خطوة لمايكروسوفت – تـــرجمة مركز التعريب والبرمجة – الدار العربية للعلوم – بيروت ٢٠٠٦ ص ٣٧٢ وما بعدها .

فمثلاً تحديد فترة ضمان البرنامج ثلاثة أشهر وهي الفترة المتعارف عليها في الغالب او في العقود النمطية [1]ولكن طبعاً يمكن ان تطول هذه الفترة الى ستة أشهر أو أكثر طبقاً لاتفاق الأطراف ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هنا متى تبدأ هذه الفترة ، وللإجابة عليه نقول ومن خلال استعراضنا لبعض العقود والاتفاقيات في مجال إعداد برامج الحاسب ان هناك ثلاثة نقاط يمكن ان تبدأ من عندها فترة الضمان وهي :

١. تاريخ التسليم للبرامج – Delivery Date.

٢. تاريخ تركيب البرنامج – Installation Date.

٣. تاريخ القبول – Acceptance Date. [2]

وطبعاً تاريخ القبول مثلاً في بعض الاتفاقيات يكون بعد ان يقوم المستهلك او المستخدم بفحص عينة من العينات على البرامج المصنعة وإعطاء نتائج مرجوة حسب الوظائف التي تم التعاقد عليها في مقاولة البرنامج او البرامج المعينة حسب ما رأينا سابقاً أي بعد إجراء اختبار القبول [3] وفي اغلب الاتفاقيات النمطية فان فتح البرامج او فتح المغلف الموجود به البرنامج يعتبر بحد ذاته قبولاً

---

(١).يمكن مراجعة /د فاروق الحفناوي / موسوعة قانون الكمبيوتر ونظم المعلومات – مرجع سابق ج١ ص ١٤٠ .

(2) The second party shall have no liability or obligations under the said warranty unless it shall have received written notice of the defect or error any question no after than the expiry 3 months after the acceptance date

انظر فاروق الحفناوي – عقود البرمجيات – مرجع سابق ص ١٤٠ ..

(٣). انظر صفحة١٢١.

بالتعاقد عليه بكل ما فيه من شروط ، لا بل أكثر من ذلك فان فتحه يعني قبوله هو شرط متعارف عليه في هذه العقود .

ومـــن أهـــم الشروط الأخرى والمهمة والمتعارف عليها في عقود الإعداد ما يلي :

أولاً : استبعاد العروض والمفاوضات السابقة ويسمى (شرط استبعاد الوثائـــق مـــن العقـــد) [1] ، عادة في عقود الإعداد يحاول المتعهد (المنـــتج او المبـــرمج) ان يستبعد الوثائق السابقة على إبرام العقد صـــراحة وبالإشـــارة إليها من العقد النهائي على ان يشير إليها فيه والصيغة المشهورة لهذا الشرط تكون على النحو التالي :

(يتـــضمن هذا العقد الاتفاق الكامل والتعديلات التي تم الإعلان عنها صـــراحة او ضـــمنياً من قبل المتعهد والمستفيد والمتعلقة بالبرامج والمعدات والخدمات مثلاً التي يجب تزويدها ، ويحل هذا العقد محل الاتصالات السابقة بما فيها العروض الشفوية وغيرها) .

او مـــثلاً (يعتـــرف الطرف الأول (المستفيد ، المستهلك) بأنه على علـــم تـــام بهـــذا العقد وبملحقاته وكل فقراته المكتوبة او المطبوعة ويـــصرح بقـــبوله لكل المحتويات والشروط ويقر أيضا ان الوثائق التـــي تحـــتوي علـــى كل الاتفاق الذي تم بين الطرفين تحل محل

---

(١).عقـــود ال IBM ترجمة مركز التعريب والبرمجة – الدار العربية للعلوم – بيروت ١٩٩٣ ص ١٨٥ ..

المقترحات والالتزامات المكتوبة او الشفوية السابقة وكل الاتصالات الأخرى المتعلقة بهذا العقد)[1] .

ولا يخفى ان هذا الاستبعاد لتلك المفاوضات والعروض المغرية جداً التـــي يكون قد قدمها المتعهد في الغالب لجذب المستفيد الى التعاقد وخـــصوصاً اذا مـــا تـــم الإشارة اليه صراحة هو ملزم للأطراف وللقاضـــي ، حتى لو جاء العقد النهائي مناقضاً لما تم الاتفاق عليه صـــراحةً بين الأطراف سابقاً ، فالاعتماد والتفسير هو كما ورد في العقـــد النهائـــي ، لأن إرادة الأطراف قد نسفت ما تم الاتفاق عليه سابقاً وذلك طبقاً لنصوص القانون . [2]

---

(١).يمكـــن الرجوع إلى Raysman and Brown – computer law – Drafting Negotiating Form and Agreements-law Journal – Seminar press Volume 1.p.18

مع ملاحظة ان نماذج الشروط العربية ليست ترجمة حرفية للنماذج الانجليزية اذ لا يخفى مدى صعوبة نقل نصوص عقود معينة من لغة الى لغة سيما اذا اختلفت الأنظمة القانونية (انجلوساكسوني – لاتيني – الخ) حيث يرى الباحث ان يكون الفاصل في الموضوع دائماً فـــي مـــثل هـــذه العقود هو اتفاق الطرفين على لغة معينة طالما لا زالت قوانين بلادنا لا تخـــضع عقود التكنولوجيا الى العربية بطريقة إلزامية) للتوسع اكثر يمكن مراجعة د/ ابو العـــلا علـــي النمر – دور المستشار القانوني في عقود التجارة الدولية – ط١دار النهضة العربية القاهرة –٢٠٠١ ص٧٤ وما بعدها .

(٢).المـــادة ١٤٧ مدني مصري (العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين ... الخ) والمادة ١٤٨ مدني مصري أيضا (١- يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل إليه ...) والمادة ١٥٠ مدني مصري (١- اذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المنعقدين) تقابل المادة ٢١٣ مدني أردني (الأصل في العقد رضا المتعاقدين وما التزما في التعاقد) وهما تقابل المواد ١٧٩ و ١٩٧ من مشروع القانون المدني الفلسطيني .

وفـــي اغلـــب الأحـــوال تكون سلطة القاضي في مثل هذه الشروط الواضحة والصريحة سلطة محددة في البحث عن الإرادة المشتركة للمـــتعاقدين وذلـــك لأنـــه لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح [1]، فالعـــبارات غير الواضحة مثلاً او المتناقضة التي وردت في العقد النهائـــي لا تفسر الا بالاستناد الى الوثائق النهائية المرفقة مع العقد طـــبقاً للـــشرط الصريح التي يورده المتعاقدان في عقدهما النهائي باســـتبعاد امر الوثائق والعروض والمفاوضات السابقة من عقدهما الجديـــد ، ومـــع ذلك لا يسلب القاضي كل سلطة وذلك ايضاً بنص القانـــون شـــرط ان يكـــون هناك محلاً للبحث عن النية المشتركة للمـــتعاقدين وتكـــون هذه النية قد وردت في نصوص العقد النهائي بطـــريقة لا يمكن استظهارها واستجلاء حقيقتها فتبقى سلطته مجرد كـــشف عن النية الحقيقية للمتعاقدين ولا يعني ذلك ترتيب أي التزام او تعديل في العقد .[2]

ثانياً : دائماً نلاحظ شرط لا يكاد يخلو منه أي برنامج وبأي طريقة كانـــت تمـــت بهـــا إعـــداده من شرط يحتفظ به المنتج او المبرمج

---

(١).تـــنص المـــادة ٢١٥ من القانون المدني الأردني على (لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح) وهي تطابق المادة ٢٩٢ مشروع مدني فلسطيني واصل هذه المواد هو قواعد كلـــية فقهـــية من الشريعة الإسلامية يستعان بها عندما يوجد نص خاص بالقانون واصلها مجلة الأحكام العدلية ، راجع المذكرات الإيضاحية للقانون المدن الأردني ج١ مرجع سابق ص ٢٥٤ .

(٢). المادة ١٥٠ مدني مصري (١- اذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عـــن طـــريقة تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين .٢- اما اذا كان هناك محل للتفسير العقـــد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين ... الخ) تقابل المادة ٢٣٩ مدني أردني والمادة ١٩٧ مشروع فلسطيني .)

(المـــتعهد) لنفسه بحقوق الملكية الفكرية على البرنامج والتي ينص عليها القانون [1]أي انه يندرج تحت هذا البند شروط كثيرة مثل :

١. تحديـــد الغرض من استعمال البرنامج وهو ينحصر في الغالب فـــي إدارة عملـــيات او معالجة بيانات خاصة بالمستفيد فقط أي عدم جواز استخدامه في تقديم خدمات للغير .

٢. تحديـــد الحيـــز المكاني الذي يصرح باستخدام البرنامج فيه كأن يقال (فرع الشركة الكائن في الشارع كذا او كافة فروع شركة كذا ....) وفي العقود الدولية تحظر الشركات المنتجة استخدام البرنامج خارج نطاق دولة معينة او مدينة معينة) [2].

٣. عـــدم النسخ او التعديل او التحوير او الاضافة وحتى في بعض البرامج عدم الترجمة الى لغة اخرى .

٤. ان اســـتعمال البرنامج سيكون على الجهاز او الاجهزة التي يتم تحديدها في ملحق العقد ... الخ .

وســـنرجأ الحديث حول هذا الشرط (الملكية الفكرية) لأننا سنبحثه في الفصل الأول من الباب الثاني من هذه الدراسة .

---

(١).د/ شـــحاته غـــريب شـــلقامي/ بـــرامج الحاسب الآلي والقانون – مرجع سابق ص ٩٥-١١٣ و د خالـــد مـــصطفى فهمي / الحماية القانونية لبرامج الحاسب الآلي – مرجع سابق ص ٨٩ وما بعدها . ود حسن جميعي – عقود برامج الحاسب – مرجع سابق ١٨٦ -٢٠٠.

(٢) Rays man. Brown-computer low P.R.P22. ود/ ابـــو العـــلا علي النمر- مرجع سابق ص ٧٨ .

ثالـثاً : شـرط التحكـيم [1] حيث نرى انه في الغالب فان الشركات الكبـرى في مجال المعلوماتية ترفض الخضوع لأحكام قضاء معين وللأسـف اذا كانـت أمـام مستفيد من دول العالم الثالث في العقود الدولـية مـثلاً لا بـل وحتـى في العقود في داخل الإقليم فان هذه الشركات او فروعها دائماً تشترط التحكيم لفض النزاع في مثل هذه العقـود بحيث يتفق الأطراف على ان يعين كل طرف محكم ويقوم المحكمـان باختيار محكم ثالث يرأس الهيئة واذا لم يتفقا على محكم يقـوم رئيس مركز تحكيم معين يشار اليه بالعقد باختياره ويتم اتخاذ إجـراءات متبعة في مركز تحكيم دولي او إقليمي معين لتكون هي إجـراءات التحكـيم المتـبعة وطبعاً يتم الاتفاق على اللغة والقانون المطبق على موضوع النزاع .. الخ من إجراءات التحكيم المتعارف عليها [2].

---

(١).ويرد في الغالب في عقود او اتفاقيات (مقاولات الإعداد) وليست في العقود النمطية رغم وجوده في بعضها) .

(٢).يرد في العادة النص كالتالي وهو ليس ترجمة حرفية (١- لا اختصاص لاي محكمة فـي أيـة دولة بالمنازعات التي قد تنشأ بسبب هذه الاتفاقية ٢- يتم تسوية النزاع بواسطة هيـئة تحكـيم تشكل من ثلاثة أعضاء يتولى كل طرف تعيين عضو ويتفق الطرفان على اختيار العضو الثالث الذي يكون رئيساً للهيئة ، فان لم يتفقا على تعينه تولى رئيس مركز ... الإقليمي للتحكيم التجاري " الدولي" مثلا" تعينه .٣- تتبع فيما يتعلق بالتحكيم إجراءات التحكـيم المتـبعة لـدى مركز التحكيم .. الإقليمي ... الكائن في العنوان التالي ... ولغة التحكـيم هي ... وعلى هيئة التحكيم ان تطبق القانون ... على موضوع النزاع) للتعرف على النصوص بالانجليزية يمكن الرجوع الى د/ فاروق الحفناوي / عقود البرمجيات ج١ – مرجع سابق ص ١٢٩ . وكذلك يمكن مراجعة د/حسن جميعي مرجع سابق ملحق رقم (١) و(٢)ص٣٠٥ وما بعدها ، ود.أبو العلا على ابو العلا – مرجع سابق ص ٩٢ .

ويلاحظ ان شرط التحكيم كما أسلفنا هو شرط يتكرر دائماً في مثل هذه العقود وبالذات اذا ما اصبغ عليها الطابع الدولي .

رابعاً : شروط الإحالة :

اذا كانت العقود النموذجية او النمطية في مجملها تورد شرطاً يستبعد المفاوضات والمراسلات السابقة على التعاقد من الأعمال في العقد النهائي او عند بروز خلاف معين بين الطرفين كما رأينا في الشرط الأول في هذا الفرع فان عقود مقاولات الإعداد عادة ما تتضمن بند في العقد النهائي يحيل الأطراف إلى الملحقات او التفسيرات السابقة وذلك لغرض تفسير بعض النقاط الغامضة في العقد [١]، كأن ترد العبارة التالية (يعتبر من ضمن العقد الحالي كافة المراسلات المتبادلة بين طرفي العقد مع الملحقات المرفقة) [٢]

ان اعتماد المراسلات والملحقات يساهم جداً في تفسير العقد او النقاط الغامضة فيه وكذلك يساهم في تثبيت نقاط لم يكن لها مجال او مكان في الوثيقة الأصلية النهائية للعقد [٣]، بسبب مثلاً إعداده المسبق او نمطيته فيكون من الضروري الرجوع إلى الملحقات او

---

(١).د محمد حسين منصور – مرجع سابق ص ٦٤-٦٦ ود / ابو العلا علي النمر – مرجع سابق ص٨٠ وما بعدها .

(٢)- The preceding recital ,schedule any addendum that may be added to this agreement , each referring to this agreement...).

(٣).د/ حسن جميعي – مرجع سابق ١١٨-١٢٦ د/ فاروق الحفناوي – موسوعة قانون الكمبيوتر ج١ مرجع سابق نماذج العقود ونصائح مرحلة التعاقد ،ص ٥٦-٦٥

المراسلات لبيان بعض العناصر المهمة مثل الخرائط مثلاً او تعريفات للمواصفات الفنية او حتى مخطط المشروع الأولي المقترح والتي تعد جميعاً قبل إبرام العقد النهائي ، وعند حصول نزاع يمكن الرجوع إليها لمطابقة تنفيذ العقد مثلاً مع مخطط المشروع او مواصفات البرنامج ، هذا بالإضافة إلى تضمن الملحقات عادة أحكام مالية وفنية وقد يتم تثبيت الثمن وطريقة الدفع ونلاحظ ان الأطراف عادة يعمدون الى التوقيع على كل صفحات الملاحق والاتفاقية الأصلية دلالة على توجه إرادتهم الى كل ما فيها ولتلافي أية مشكلة قد تنجم عن الإحالة هذه وذلك بعد النص الصريح في العقد بضرورة الإحالة إليها عند الحاجة او عند بروز نزاع معين بين الأطراف ، علماً انه حسب القانون لا يشترط التوقيع على كل صفحة من هذه الملاحق طالما ان العقد الأساسي قد أحال إليها ولكن زيادة في الحرص من قبل الأفراد يتم ذلك.

هذه بعض الشروط التي أوردناها ليس على سبيل الحصر ولكن على سبيل مناقشتها ولا بد لنا في ختام هذا الفرع ان نقول ان الشروط التي ترد في عقود الإعداد متنوعة وكثيرة وذلك تبعاً لتنوع ونوع البرنامج او البرامج والغرض الذي يتم التعاقد عليها من اجله وهل تشمل خدمات أخرى مثل التركيب installationوالتدريب training والدعم الفني والصيانة maintenance and technicai support أم لا [1]فالشروط التي ترد في عقد معين تقدم حماية

---

(١).د/ خالد مصطفى فهمي / مرجع سابق ص ١٤٤-١٥٤ وكذلك انظر الهامش السابق

تفـصيلية للأطـراف وللبرامج بآليات وإجراءات محددة تتلاءم مع بـرنامج معين على الرغم من كون بعض الشروط تتكرر في معظم البرامج إلا انه تبقى شروط خاصة جداً تحاكي وتلائم برنامج معين وعلـى الرغم من تنوع المنتجين "شركات الإعداد" وازدياد المنافسة فـي الأسواق على جذب المستخدمين والتعاقد معهم الا أننا لا زلنا نلمـس تعسفاً في هذه العقود يقع على المستخدمين والمستفيدين من عقود الإعداد تباشره هذه الشركات عليهم عبر مجموعة من الشروط والعقـود وهـو مـا سنناقشه من حيث كيفية وقوعه وكيفية حماية المستخدمين منه في المطلب اللاحق .

المطلب الثاني

التعسف في عقود الإعداد

كنا قد تحدثنا عن كيفية مصاحبة برامج الحاسب المستوردة وحتى الموجـودة فـي الأسواق المحلية مصاحبتها لعقود في الغالب قد تم صـياغتها في ظل نظم قانونية تختلف عن نظامنا القانوني ، إضافة إلى كون العقد المحرر بلغة أجنبية كثيراً ما يتضمن شروطاً محددة بشكل مبهم او غامض مما يمكن ان يفاقم من المشكلات القانونية اذا نظـرنا إلـى كون مورد البرنامج او منتجه يتمتع بخبرة فنية وتقنية تفوق كثيراً المستخدم وتجعل من عقوده دائماً بصفته صاحب حقوق استغلال على البرامج تهدف الى التنصل من المسؤولية او التخفيف مـنها قدر الإمكان وهذا ما يقوم بفعله كذلك موزع البرامج النمطية

او النموذجـــية [1] التي تصاحبها كذلك عقود نمطية او نموذجية واذا كـــنا لا نـــستطيع المناداة بإلغاء هذه العقود " النمطية " لأنها تشكل ضـــرورة عملية لا يمكن لأحد إنكارها او طلب التخلي عنها ، لكننا نستطيع المطالبة بتخفيف الشروط المجحفة او التعسفية بحق الطرف الضعيف (الأقل خبرة) في مثل هذه العقود[2].

لذلك سنقسم هذا المطلب الى فرعين نبحث في الفرع الأول ، كيفية التعـــسف فـــي عقود الإعداد وبعضاً من صوره ونبحث في الفرع الثاني كيفية مواجهته عبر حماية المستهلك والقوانين ذات الشأن في هذا المجال .

الفرع الأول

كيفية التعسف

للتعـــسف فـــي عقـــود الإعداد صور كثيرة أهمها مثلاً ان اغلب العقـــود النموذجية نراها مكتوبة بنوعية خطوط (أنماط) لا تكاد تقرأ مما يجعل المستفيد الراغب في التعرف على شروط العقد في حيرة مـــن أمـــره فهـــو لا يـــستطيع أن يقرأ وفي أحسن الأحوال إذا قرأ لن يستطيع أن يفهم ، وتتمحور هذه المشكلة بشكل أوسع في العقود

---

(١).د/ حسن جميعي – مرجع سابق ١٦٦ – ١٧٠ .

(٢).لا يجـــب ان يفهم من هذه الدراسة ان العقود النمطية او النموذجية هي محل نقد في حـــد ذاتهـــا ، بـــل تعتبـــر امراً معتاداً وضرورياً لمواكبة سرعة الانتاج والتوزيع اللذان يـــستهدفان ملايـــين المـــستخدمين حول العالم ، وانما نحن نحاول ان نخفف من الشروط التعـــسفية او المجحفـــة والتي تهدد مصالح الطرف الذي لا يتمكن من مناقشتها او التحفظ عليها وتساعد على ذلك قوانين حماية المستهلك التي انتشرت كذلك على الصعيد العالمي .

التـــي يتم التعاقد على برامجها من خلال فض الغلاف الذي يحتوي هو نفسه " الغلاف" شروط تعاقدية هامة . [1]

فإذا ما احتوى الغلاف على شروط تخفف من مسؤولية المبرمج او المنـــتج او تعفيه منها وكانت هذه الشروط يصعب قراءتها فان ذلك يعني ان المستفيد لن يتمكن من الاطلاع عليها خصوصاً أنها مكتوبة بـــشكل غير واضح على غلاف يعتبر تمزيقه وسيلة تعبير المستفيد او المستخدم عن قبوله .

وصـــورة أخـــرى من صور هذا التعسف الذي يقع من المنتج على المـــستخدم وهو ما يسمى بشرط الأربع زوايا[2] والذي كنا قد ناقشنا جزءاً منه في المطلب السابق[3] تحت بند شروط متعارف عليها .

فكـــل مـــن فـــي سوق هذه المنتجات يرى بوضوح كيف انه بصدد مفاوضـــات عقديـــة معيـــنة لمشروع إعداد برامج لمحل تجاري او صـــناعي .. الخ يقدم المتعهدون فيه وعوداً كثيرة تكون في الغالب غير مدروسة والهدف منها جذب المستخدم وإقناعه بكفاءة المتعهد ،

---

(١).د/ فاروق الحفناوي – موسوعة قانون الكمبيوتر – مرجع سابق ص٧٨ .

(٢).يسمى كذلك شرط الأركان الأربعة والذي بمقتضاه يستبعد من نطاق العقد كل ما لم يفصل في الاتفاقية وملاحقها وكراسة شروطها والتي تهدف الى تحديد احتياجات المستخدم كمـــا انها تعد المرجع في تحديد اذا ما كان هناك مخالفة عقدية ام لا وهو ما يلزم القاضي اذا ثـــار نـــزاع معين حول التزام المنتج باداء معين من عدمه فهذه الشروط مع الكراسة تلزمه . راجع –محمد حسام لطفي – عقود خدمات المعلومات – مرجع سابق هامش ص ٨٩ .

(٣).انظر فيما سبق صفحة١٣٢

ويقــوم المــستخدم بتعليق آمال كثيرة على هذه الوعود تتجاوز في الغالب ما يتطلع إليه من عملية التعاقد اي هدفه الحقيقي .[١]

وعــند الــتعاقد يقــوم المــتعهد باستبعاد كل أو ثلاثة أرباع وعوده مــتذرعاً بالوقت تارة والمخاطر في التنفيذ وارتفاع الأسعار ... الخ ويقــدم بــديلاً من ذلك عقداً نموذجياً جاهزاً متضمناً نصوص تدل صراحة على استبعاد كل الملاحظات والتقارير والمفاوضات السابقة علــى الــتعاقد ، بحــيث يضع الصيغة التالية (وقع هذا العقد مع ملحقاتــه فــي نفس اليوم متضمناً كل التزامات أطرافه المتبادلة ولا يعتد بالاتصالات وطلب العرض والاقتراحات السابقة المتعلقة بنفس موضوع العقد) [٢]

ونلاحــظ كيف ان المنتج او المبرمج يهدف من خلال هذه الصيغة الــى اســتبعاد كافــة الوثائــق المتعلقة بالمرحلة التمهيدية أي كافة عروضه ومحاولة جذبه للمستخدم للتعاقد الذي بنى عليها آمالاً كبيرة واعــتقد انــه حقق من خلالها انجازات لم تكن اصلاً في حسبانه ، ينــسفها المــتعهد عــند التوقــيع على هذه العقود بشرط كهذا ملزم للطرفين .

وكــذلك يبرز التعسف جلياً من قبل المنتج او المبرمج عندما يشترط في عقود الإعداد ويفرض على المستخدم شراء المعدات او الاجهزة (كمبيوتــرات- ديــسكات - وصلات... الخ) او قطع غيارها من

---

(١) Raysman.Beown.conputer low .P.R.P 25 وانظر كذلك د/ ابو العلا علي النمر - مرجع سابق ص ٧٤ وما بعدها .

(٣). د/ فاروق الحفناوي / موسوعة الكمبيوتر ج١ مرجع سابق ص ٨٠ .

عـــنده او عندما يحدد في مثل هذه العقود من اين يتم الشراء (تحديد منـــشآت بعيـــنها) وهـــو مـــا اصطلح على تسميته (شرط الشراء الإجـــباري) او الالتزام بالتزود [1] بحيث ترد نصوص نموذجية في عقـــود الإعـــداد (بالـــذات العقـــود النموذجية) تحرم المستخدم من الحـــصول على كل ما ذكر سابقاً من مصادر أخرى حتى لو كانت بشروط أفضل تحت بند ان المنتج غير مسؤول او لا يضمن او ... كثيـــراً من العبارات التي تصب في تخلصه من المسؤولية حال قيام المـــستخدم باشراك اياً كان بالصيانة او قطع الغيار او المعدات ... الخ ونضرب مثالاً هذه الشروط التي تتكرر في اغلب عقود الإعداد (يشترط لاستحقاق التعويض ما يلي:

١.الا تكـــون هذه المطالبات قد نتجت عن استعمال البرامج استعمالا غير مشروع وذلك عبر إشراك أجهزة او برامج غير متفق عليها او غيـــر موافق عليها من قبل المنتج) . وكذلك يتعهد المستخدم بعدم إجـــراء أي تعديل او تغيير كلياً او جزئياً وبأي صورة كانت وبعدم تحلـــيل او تفكيك هذه الأجزاء decompile or disassemble او إعادة هندسة Perverse engineer .

---

(١).ابـــراهيم المنجي – مرجع سابق ١٧٤-١٧٩ و عبد الفتاح مراد – مرجع سابق ص ١٠٤ ود/ فـــاروق الحفناوي – قانون الكمبيوتر – مرجع سابق ج١ نماذج اتفاقيات اعداد برامج ص ١٠٣ .

٢. لن يكون (المنتج او المورد او المبرمج) مسئولا عن أي أخطاء او توقف او قصور في اداء البرامج لوظائفها اذا تبع ذلك نتيجة ما ذكر سابقاً او اشتراك الغير في التعديل او الهندسة ... الخ . [١]

وشرط أخر نورده على سبيل التأكيد ينص دائماً على (يتعهد المستخدم باتخاذ إجراءات رقابية دقيقة تضمن عدم استعمال او حصول أشخاص غير مرخص لهم او غير مخولين للتعامل مع البرامج بأي صورة) .

ونضرب مثالاً أخر يتلخص في اشتراط المنتج او المبرمج بأنه لن يكون مسؤلاً عن تعويض الأضرار او الخسائر التي تلحق بالمستخدم بشكل مباشر او غير مباشر جراء استعماله للبرامج[٢] وبوجه خاص يشترط انه لن يكون مسئولاً عن الأضرار الناشئة عن فقدان او تلف البيانات الخاصة بالمستخدم او الناشئة عن توقف أعماله بسبب يرجع الى البرامج [٣] وقد يشترط المنتج ان التعويض اذا كان له مقتضى أي خارج عن نطاق تلف او توقف البرنامج سيكون بحد أقصى مبلغ كذا [٤] .

---

(١).د. فاروق الحفناوي -قانون البرمجيات – مرجع سابق ص ٢٤٨. ويسميها الدكتور فليب امور البرمجة المتطرفة (extremist programming). Phillip G .Armour, The Laws of Software Process.P.R.p 311.

(٢) د. خالد ممدوح ابراهيم – ابرام العقد الالكتروني –رسالة الإسكندرية – دار الفكر الجامعي – الإسكندرية ٢٠٠٦ – ص ٣٦٣-٣٦٦.

(٣) انظر في المواد ١٤٩ مدني مصري والمواد ٢٠ و٦٦ مدني أردني .

(٤) في الغالب لا يزيد التعويض عن البدل الذي دفعه المستخدم الى المنتج تحت كل الظروف .

وهـذه صـورة تمثل في رأينا[1] تعسفاً من قبل المنتج او المبرمج يـتعلق بـتعديل أحكام المسؤولية العقدية او الإعفاء منها في الحالة التي تصيب المستخدم بها ضرر جراء استعماله للبرامج محل العقد ، فالأصـل في عرف هذه العقود ان المستخدم يستخدم هذه البرامج فـي إدارة أعمالـه على مسؤوليته الخاصة بحيث ينص هذا الشرط علـى إعفـاء المنتج او المبرمج من المسؤولية عن الأضرار التي يمكـن أن تسببها البرامج أو عن توقفها او تعطلها وإضاعة فرص علـيه او حدوث إرباك وتعطل في العمل يكلفه أضرارا جسام سواء كانت هذه الأضرار مباشرة او غير مباشرة .

كمـا ونـضع حـداً أعلى للتعويض فيما اذا كان له مقتضى (طبعاً المقتـضى خـارج نطـاق ما اشترطه هنا من عدم مسؤوليته عن الأضـرار...) وقصد المبرمج او المنتج هنا هي تلك الحالات التي لا يـسمح فـيها القانون بالإعفاء من المسؤولية لأي سبب كان[2] .

---

(١).يرى جانب من الفقه ان مثل هذه الشروط لا تعتبر تعسفاً فان لم يقبلها المستخدم فما علـيه إلا أن يـرفض التعاقد راجع د/ فاروق الحفناوي- موسوعة الكمبيوتر /ج١ مرجع سابق ص ٧٨ ويضيف هذا الجانب ايضا انه يجب على المشتري المذعن ان يسلم باحترام العـرف فـي صناعة البرمجيات وتجارتها فان منتجو البرامج يضعون شروطاً وضوابط نافذة في مواجهة المستخدمين ويلاحظ هنا مثلاً ان قانون التجارة المصري الجديد قد ابطل معظم شروطهم طالما لم تأت حماية للمستهلكين الذين يتعاملون معهم راجع في ذلك المادة ٧٥ من قانون التجارة ومذكرتها الإيضاحية /مجلة المحاماة -ملحق التشريعات -٦/١٩٩٩ ص ٣٨٤ وما بعدها .

(٢).تنص المادة ٦٦ من القانون المدني الأردني (أ- يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالا غير مشروع ب- ويكون استعمال الحق غير مشروع ج-اذا كانت المنفعة منه لا

وذلـــك باشـــتراطه ان لا يـــزيد هذا الحد عما دفعه المستخدم وكحد اقصى مهما كانت قيمة الضرر المستحق للتعويض بموجب القانون او الضرر الذي يبطل القانون شرط خروجه من دائرة التعويضات . هذه بعض صور التعسف التي يمكن ان ترد في عقود الإعداد لا بل هـــي موجـــودة فـــي اغلب هذه العقود والتي وان حاول البعض ان يخـــرجها مـــن دائـــرة التعسف في استعمال الحق إلا أننا وبتطبيق نصوص القانون عليها نجدها تحمل في طياتها تعسفاً من قبل المنتج او المبرمج في مواجهة المستفيد او المستخدم فما معنى عدم الالتزام بالـــتعويض او تحديـــده كائـــناً ما كان حجم الضرر وما معنى عدم شراء صيانة او قطع غيار او أجهزة إلا من قبل المنتج ، وما معنى التـــزام أقصى درجات السرية ، وما معنى أن العروض السابقة لا يـــشملها العقـــد ... الخ من هذه الشروط التي تحدث عنها مشروع القانون المدني الفلسطيني معتبراً إياها شروط تعسفية في المواد ٧و ٨ مـــنه (لا يجوز التعسف في استعمال الحق)(يعتبر استعمال الحق تعـــسفاً فـــي الأحوال التالية ج/ اذا كانت المصالح التي يرجى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب ألبته مع ما يصيب الغير من ضـــرر بـــسببها د/ اذا كـــان من شأنه ان يلحق بالغير ضرر غير مألوف)[1].

تتناســـب مـــع ما يصيب الغير من ضرر .ء- اذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة) تقابل المادة ٥ من القانون المدني المصري والمادة ٧و ٨ من مشروع القانون الفلسطيني .

(١).عقود ال IBM – مرجع سابق ص ١٩٠ وكذلك يمكن مراجعة هيكتور –ماكوين – مرجع سابق ١٢٨-١٣٥ و د احمد عبد الرحمن الملحم – نماذج العقود ومواجهة الشروط المجحفة – مرجع سابق ص٢٣٠.

وقد حاربت القوانين المختلفة هذا التعسف والإجحاف بحق المستخدم او المستفيد عبر حمايته كمستهلك وهو ما سنبحثه في الفرع الأتي .

الفرع الثاني

حماية المستهلك

بالإضافة إلى كل القواعد القانونية التي قدمها القانون المدني لحماية المتعاقدين "وبالذات الطرف الضعيف". كخيار الفسخ بعد التجربة أو بعد الاطلاع على النموذج أو خيار الشرط[1] وحق القاضي في تعديل شروط التعسف في عقد الإذعان[2]، وتلك الحالات التي رتب عليها القانون المدني آثاراً كالإكراه والغلط والتغرير مع الغبن الفاحش "التدليس، الاستغلال[3]، الخ. فإن المشرع في الدول المتقدمة شعر أن كل تلك القواعد قد لا تكفي لحماية الطرف الضعيف في العقد، وذلك انطلاقاً من إنتباهة المشرع لإمكانية أن يستغل أحد المتعاقدين مبدأ الرضائية في العقود

---

(١) يمكن مراجعة المواد ٤٢٠ و٤٢١ و٤٢٢ و٤٣٤ و٤٤٧ من القانون المدني المصري وهي تقابل المواد ٤٦٨ و٤٦٩ و٤٧٠ و٤٧١ و٤٧٦ و٤٧٧ من القانون المدني الأردني والمواد ٤٧٥ و٤٧٦ و٤٧٧ و٤٧٨ و٤٨٤ من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

(٢) راجع سابقاً المواد ١٤٩ مدني مصري والمادة ٢٤٠ مدني أردني و١٨٢ من مشروع القانون المدني الفلسطيني مشار إليها في ص من هذه الأطروحة.

(٣) كذلك راجع سابقاً المواد ١٢٠ و١٢١ و١٢٥ و١٢٦ و١٢٧ و١٢٨ و١٢٩ من القانون المدني المصري وهي تقابل المواد ١٣٥ و١٤٠ و١٤٣ و١٤٤ و١٥١ و١٥٢ و١٥٣ من القانون المدني الأردني والمواد ١٢٢ و١٢٣ و١٢٤ و١٢٨ و١٢٩ و١٣٠ و١٣٢ و١٣٥ و١٣٦ من مشروع القانون المدني الفلسطيني المشار إليها سابقاً في الفصل الأول من هذه الأطروحة في عيوب الإرادة ص.

وتوظيف خبرته وإمكانيته القانونية والتكنولوجية والاقتصادية الكبيرة في مواجهة طرف لا يملكها فيضع شروطاً تعسفية بحقه، كأن يعفي المنتج نفسه من ضمان عيب خفي أو أن يخفف أو يلغي مسؤولية نتاج أضرار تسببها أخطاء في سلعته.. الخ. فأصدر المشرع في هذه الدول وتبعاً لذلك قوانين تسعى لحماية هذا الطرف تسمى قوانين حماية المستهلك والظاهر أن هناك خلاف بين الفقه والقضاء من جهة وبعض تشريعات حماية المستهلك من جهة أخرى وذلك حول تعريفها لمن هو المستهلك[1] لذلك سنبحث في هذا الخلاف لنعرف من هو المستهلك الذي تجب حمايته في هذه القوانين ومن ثم لنتعرف على كيفية حماية الأشخاص الطبيعيين أو الاعتبارين الذين لا تحميهم هذه القوانين لعدم اعترافها بكونهم مستهلكين ومن ثم سنبين رأينا الخاص بالنسبة لعقود الإعداد.

أولاً: من هو المستهلك؟؟

تعرف المادة الأولى من قانون حماية المستهلك المصري الصادر بالقانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦ المستهلك بأنه (كل شخص تقدم إليه أحد المنتجات لإشباع احتياجاته الشخصية أو العائلية، أو يجري التعامل أو التعاقد معه بهذا الخصوص)[2].

---

(١) د. محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوروبي – دار الجامعة الجديدة للنشر – الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٢٤. ود. عادل أبو هشيمة حوتة، مرجع سابق ص ١١٢-١١٥، ود. محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص ١١٤-١١٥.

(٢) مجموعة القوانين الاقتصادية ، البدراوي للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٧، تم نشر القانون في الجريدة الرسمية عدد ٢٠ مكرر ٢٠٠٦/٥/٢. وراجع كذلك المادة ٦ من قرار

وقد عرفت المادة ٢/هـ من التوجيه Directive الأوروبي الصادر في ٢٠٠٠/٦/٨ المستهلك بأنه (كل شخص طبيعي يتصرف لأهداف لا تدخل في إطار أنشطته المهنية أو التجارية)[١].

وهو نفس ما جاء في التوجيه رقم ٩٣/١٣ لمجلس الاتحاد الأوروبي أيضاً والصادر في ١٩٩٣/٤/٥ والخاص بالشروط التعسفية المبرمة مع المستهلكين حيث عرفت المادة ٢/ب منه المستهلك بأنه (كل شخص طبيعي يتصرف لأهداف لا تدخل في إطار أنشطته المهنية)[٢].

وقد كانت اتفاقية فينا لعام ١٩٨٠ بشأن البيع الدولي للبضائع قد أشارت إلى استبعاد المستهلك وفق هذه الأحكام من تطبيق بنودها على العقود التي يبرمها المستهلك (لا تسري أحكام هذه الاتفاقية على البضائع التي تشترى للاستعمال الشخصي أو العائلي أو المنزلي..)[٣].

رقم ٨٨٦ بشأن اللائحة التنفيذية لقانون حماية المستهلك والصادرة عن وزارة التجارة والصناعة المصرية في ٢٠٠٦/١١/٢٩ = البدراوي للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٧.

(1) ART2E: (Consommateure): Tout personne physique agissant ades fins quilfenternt pas dans lecandede sona-activite professionnelle ou commercial.

مشار إليه عند د. عادل أبو هشيمة، مرجع سابق ص٥١

(٢).مشار إليه عند أستاذنا الدكتور أحمد شرف الدين/ عقود التجارة الإلكترونية (تكوين العقد واثباته) دروس لطلبة الدكتوراه، كلية الحقوق، عين شمس – القاهرة ٢٠٠١، ص١٤٧-١٥١. ومشار إليه أيضاً عند الدكتور عادل أبو هشيمة ، مرجع سابق، ص ١١٣.

(٣).د. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع – القاهرة ١٩٨٦ ص ٩٣ وما بعدها. وأستاذنا الدكتور أحمد شرف الدين – عقود التجارة الالكترونية، مرجع سابق ص١٣٦ وما بعدها لغاية ص ١٥٩.

كمـــا عرف أحد الفقهاء الفرنسيين المستهلك بأنه (الشخص الذي يحصل على المال أو الخدمة للاستعمال الشخصي) ...الخ [١]. وهذه التعـــريفات هـــي مـــا سارت عليه التشريعات في دول العالم التي أصـــدرت قوانين لحماية المستهلك كفرنسا وبريطانيا اللتان استلهمتا التوجيهات الأوروبية ووضعت قوانينهما بما يتلاءم معها[٢]. وبهذا نـــرى أن المستهلك وبغير خلاف بين هذه القوانين هو ذلك الشخص الطبيعـــي الـــذي يبـــرم العقد لغايات شخصية أو عائلية وهذا يخلق إشـــكالية حماية من تعاقد لأغراض مهنته أو تجارته والتي سنناقشها تالياً لنقاشنا لكيفية حماية المستهلك على ضوء المعنى الضيق.

ثانياً: حماية المستهلك وفق المعنى الضيق

انطلاقـــاً مـــن أن تشريعات حماية المستهلك قد حددته بكونه من يـــتعاقد لأغـــراض شخـــصية أو عائلية فإن هذه القوانين حمت هذا الـــشخص ووفـــرت له أسباب الطمأنينة عبر عدة أحكام وردت فيها وهـــي تتـــشابه فـــيما بينها على الرغم من الاختلاف في الصياغة

---

(١) Michel PELICHET Les Vents aux consommateurs Rec. Des .cours LAHAYE 1986, 111. p. 204

مشار اليه لدى د.عادل أبو هشيمة مرجع سابق هامش ص ١١٥ .

(٢). أنظـــر قانـــون حماية المستهلك الفرنسي الصادر في ١٩٩٣/٧/٢٦ وتعديلاته في ١/٥/ ١٩٩٥ واللجـــان التي شكلت لهذا الغرض يمكن مراجعة د. حسن جميعي – مرجع سابق ص ١٧٠-١٧٦ وقـــد تبـــنت بريطانيا عام ١٩٩٤توجيه السوق الأوروبية رقم ٩٣/١٣ في شأن حماية المستهلك، د. أحمد شرف الدين، مرجع سابق، هامش ١٢٢، ص١٤٩.

فنلاحظ مثلاً أن المادة الثالثة من قانون حماية المستهلك المصري[1] تفرض على المنتج أو المستورد للبرامج أو السلع أو الخدمات... الخ أن يرفق ترجمة باللغة العربية وبشكل تسهل قراءتها منه، أسعارها، مميزاتها، خصائصها وأشارت إلى ذلك أيضاً المادة ١٣ من لائحة هذا القانون التنفيذية السابق الإشارة إليها أيضاً عبر عدة التزامات فرضتها على المنتج (١. أن تكتب البيانات باللغة العربية ويجوز كتابتها بلغتين أو أكثر على أن تكون إحداها اللغة العربية. ٢. أن تكتب البيانات بطريقة يتعذر إزالتها. ٣. أن تكتب البيانات على السلعة ذاتها فإذا استحال ذلك تكتب على بطاقات تلصق عليها أو على عبوتها) وأضافت أن على المنتج أن يلتزم بالامتناع عن وضع أية بيانات يكون من شأنها خداع أو تضليل المستهلك [2].

ونلاحظ كيف أن هذه المواد في هذا القانون والمتكررة في أغلب قوانين حماية المستهلك[3] قد حمت المتعاقد الضعيف في عقود الإعداد من لغات لا يفهمها بأن ألزمت التعامل في اللغة العربية وهذا ما كنا قد طالبنا به التشريعات العربية في مطلب سابق وكذلك ضبطت أساليب الإعلام بتحميل المنتج مسؤولية أي تضخيم أو معلومات غير حقيقية يكون من شأنها دفع المستهلك إلى التعاقد... الخ. بل أكثر من ذلك مثلاً نجد أن القانون الانجليزي بشأن حماية المستهلك من الشروط التعسفية وتحت بند التنظيم القانوني لشروط

---

(١) قانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦ بإصدار قانون حماية المستهلك – السابق الإشارة اليه.

(٢). راجع سابقاً القرار الوزاري رقم ٨٨٦ بإصدار لائحة تنفيذية لقانون حماية المستهلك.

(٣). د.خالد ممدوح إبراهيم – ابرام العقد الالكتروني – مرجع سابق ص ٣٦٦ وما بعدها .

التعاقد مع المستهلكين في بريطانيا والذي أصدرته بريطانيا عام ٩٤ و انسجاماً مع التوجه الأوروبي السابق الإشارة إليه رقم ١٩٩٣/١٣ قـد أعفى المستهلك من الالتزام بالشروط الجائرة التي فرضها عليه المنـتج "المبرمج" أو المورد مثل شروط عدم المسؤولية أو تحديدها بشرط أن تكون هذه الشروط من ضمن الشروط الواردة في العقود النموذجـية والتي لم يتم عليها تفاوض فيما بين المستهلك والمنتج... الخ[١].

وقـد أشـار إلى ذلك أيضاً قانون حماية المستهلك المصري في المـادة ١٠ منه بإبطاله كل شرط في تعاقد مع مستهلك من شأنه أن يعفـي المنـتج أو المبرمج (المورد) من التزاماته الذي ينص عليها القانـون وتحـدثت الفقرة ٢ من المادة الثانية من نفس القانون حول حق المستهلك بالحصول على تعويض عادل جراء أضرار يمكن أن تـسببها له منتجات أو خدمات أو سلع كان قد اشتراها وذلك بغض النظـر عـن شروط التعاقد.. الخ، من هذه النصوص والتي نلاحظ فيها ما يلي:

١. أنها تبطل كل شرط مجحف بحق المستهلك وبالذات الشروط التي لم يتم التفاوض عليها.

٢. أنهـا تلزم المنتج أو المبرمج "المورد" بالضمان وهذا ينسف شرط عدم الضمان الذي تورده العقود النموذجية فيما بين الأطراف في مجال عقود الإعداد.

---

(٤). أسـتاذنا د. أحمد شرف الدين، عقود التجارة الالكترونية، مرجع سابق، هامش ١٢٤، ص١٥٠.

٣. أنهـــا تفرض على المنتج أو المبرمج أن يصيغ بلغة المستهلك في بلـــده عـــبارات واضحة بسيطة مفهومة وبنفس اللغة التي يفهمها حول شروط التعاقد ومواصفات المعقود عليه واسم المنتج وعنوانه وتفاصيل كثيرة تحمي المستهلك(١).

٤. أنها تحمل المنتج أو المبرمج أو "المورد" المسؤولية عن إتيانه أية أفعـــال عبـــر مـــستندات أو عـــروض أو دعايات من شأنها دفع المستهلك إلى التعاقد وهي غير حقيقية أو مبالغ جداً بها(٢).

وهذه أمثلة على نصوص تتكرر في معظم قوانين حماية المستهلك فـــي العـــالم نستـــشف منها أن مستخدم البرامج متى كانت لاستعماله الشخـــصي أو العائلـــي فإنه محمي بموجب نصوص آمرة في قوانين خاصـــة لحمايته من طرف قوي وخبير ومهني. بحيث أنها بالإضافة إلـــى القـــواعد العامة في التشريعات المدنية كفيلة بإعادة التوازن إلى العقد ومنح الطرف الضعيف فيه الكثير الكثير من الحماية ولكن وهو الأهـــم ما هو موقف المتعاقد الذي يتعاقد من أجل تجارته أو عمله أو منشأته وليس لأغراضه الشخصية أو العائلية وكيف يمكن حمايته في عقـــود الإعداد خصوصاً وأنه أمام طرف قوي جداً في مجاله، طرف

---

(١).راجـــع المـــادة ٤ مـــن قانون حماية المستهلك المصري والمادة ١١ و ١٥ من لائحته التنفيذية.

(٢).راجـــع المادة ٦٥ من نفس القانون أو المادة ١٧ من لائحته التنفيذية والتي اعتبرت أن هـــناك خداع إذا مارس المنتج إعلان يتضمن بيان كاذب أو عرض غير حقيقي متى كان من شأنه أن يؤدي بطريقة مباشرة أو غير مباشرة إلى خلق انطباع غير حقيقي عن صفات الـــسلعة أو مـــصدرها أو نـــوع الخدمة أو صفاتها الجوهرية أو شروط التعاقد أو النتائج المـــتوقعة مـــن استخدام محل العقد. يمكن مراجعة المادة ١٧ من اللائحة السابق الإشارة إليها والتي تحمل المورد "المنتج المبرمج" المسؤولية كاملة عن ذلك.

مهنـــي محترف، وهو وإن كان محامياً أو طبيباً أو صاحب مصنع أو شـــركة تأمـــين يـــريد هذه البرامج التي لا يفقه بها شيء لتساعده في قضاء حوائجه وأعماله، فكيف تتم حمايته؟؟

ثالثاً: حماية المستهلك وفق المعنى الموسع:

ســـاهم التوجـــيه الأوروبـــي رقـــم ١٩٩٣/١٣ والخاص بالشروط التعـــسفية فـــي العقود المبرمة مع المستهلكين في إثارة خلاف فقهي وقـــضائي بخـــصوص إمكانـــية مساواة "المستهلك وغير المهني" في الاستفادة من الحماية المقررة في قوانين حماية المستهلكين في أوروبا.

فـــبعد أن كان القانون الفرنسي المسمى قانون Scriven رقم ٢٣/ ١٩٧٨ بـــشأن الـــشروط التعسفية[1] قد حدد صراحة أن مجال تطبيقه يشمل العقود المبرمة بين المهني من ناحية و(غير المهني والمستهلك) مـــن ناحية أخرى وذلك بنص المادة ٣٥ منه وأكدت على ذلك الغرفة المدنـــية الأولـــى بمحكمة النقض الفرنسية عندما قبلت باستفادة شركة متخصـــصة في أنشطة تجارة العقارات بالحماية المنصوص عليها في قانـــون عام ١٩٧٨ مرسخة بذلك أحقية استفادة غر المحترفين ممن لا تتوفـــر فـــيهم صفة المستهلك من الحماية المقررة بنص المادة سالفة الذكـــر فـــي مواجهة الشروط التعسفية حيث جاء في الحكم (العقد تم إبـــرامه بين شركة الخدمات الالكترونية وبين شركة الخدمات العقارية

---

[1] راجع بخصوص هذا القانون

O. Carmet, (Reflexion sur les clauses abusive au sens-ed la loi n 78 – 23 du10 janvier 1978) R.T. D com. P.7

مـــشار الـــيه لدى د. حسن جميعي – مرجع سابق ص ١٧٦-١٧٧، وكذلك يمكن مراجعة د. محمد حسن قاسم،مرجع سابق، ص ٢٤-٢٥.

والتـــي لا يـــتعلق تخصـــصها بـــنظام الحاســـب ومنها نظام الإنذار الالكترونـــي المتعاقد على تركيبه مع الشركة الطاعنة وإن المادة ٣٥ من قانون ١٩٧٨ قد وردت بعبارات صريحة مفادها أن نطاق تطبيقه يـــشمل جمـــيع العقـــود المبـــرمة بين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين وهو ما يعني بوضوح أن المشرع قد أراد أن يوفر الحماية لكـــل شخص لا تتوفر له الخبرة في مجال التعاقد حينما يكون المتعاقد الآخر من أصحاب الخبرة والاحتراف...) .

ويفهم من هذه النصوص وهذا الحكم وغيره الكثير من الأحكام[1]. أن هـــذه النصوص والأحكام كانت تساوي ما بين غير المهني والمستهلك مـــن حـــيث حقوقهما بالحماية من شروط المحترف المهني ذي القدرة والقـــوة الاقتصادية والتقنية ومعالجة هذه الشروط بما يكفل نوعاً من التوازن بالعقد وهذه كانت حال التطبيق العملي والقضائي ليس فقط في عقـــود الإذعـــان بـــل في مجمل الشروط التعسفية في مصر والعالم العربـــي فالنظـــرية العامـــة للعقد كانت تحمي الطرف الضعيف عبر

---

(1) Cass Civ 1er CH 28 Aviril 1987, JCP. 1987 ed g, 11, 20893note paissant, RT CIV .(١) 1987. p. 537 ob s. Mestue.

، مـــشار إلـــيه لـــدى د. عادل أبو هشيمة مرجع سابق، ص ١١٦، ولدى د. حسن جمعي، مرجع سابق، ص ١٧٧. أنظر مثلاً القانون الانجليزي لعام ١٩٧٧ بخصوص الشروط الجائرة -- أســـتاذنا د. أحمد شرف الدين عقود التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ١٤١-١٤٩ وهوامشها ، وانظر كذلك

Bernard D .Reams , The Law of electronic contracts , LEXIS, Publishing , 2end edition 2002.p 56.

وأنظر حكم لمحكمة النقض الفرنسية

(1) Cass Civ lere 29 Oct 1992 et cass Civ6 (Janv 1993, JCPED G1993 11 n^0 22007 note.

مشار إليه لدى د. حسن جمعي، مرجع سابق، ص ١٧٨. Paisan

القـــواعد العامة والتطبيقات القضائية "سلطة القاضي". إلى أن جاءت قوانـــين حماية المستهلك وبالذات التوجيه الأوروبي المشار إليه أعلاه وقامـــت الدول الأوروبية بتعديل قوانينها بما يتلاءم معه وقامت الدول الأخـــرى بمجـــاراة النـــزعة الدولية لحماية المستهلك فأصدرت هي الأخـــرى قوانـــين في هذا الشأن برز على أثرها الخلاف في أحقية[1] تمـــتع هذا الشخص الذي لم يتعاقد لأغراضه الشخصية أو العائلية بل لأغراض تجارته أو عمله في مدى اعتباره مستهلكاً يستحق الحماية أم لا.

فأول الخلاف بدأ مع نص قانون حماية المستهلك الفرنسي الصادر فـــي ١٩٩٣/٧/٢٦ وتعديلاته المتوافقة مع التوجيه الأوروبي وبالذات تلـــك الخاصـــة بتعريفه لمن هو المستهلك حيث تم الأخذ به صراحة باعتبار المستهلك من يتعاقد لأغراضه الشخصية أو العائلية. ومن ثم إخراج غير المهني من دائرة الحماية ومن ثم تبعه المشرع الإنجليزي فـــي قانون عام ١٩٩٤ والخاص بحماية المستهلك في ضوء الشروط التعـــسفية كـــذلك باعتبار المستهلك كما أسلفنا. وتوالت بعدها القوانين وصـــولاً إلـــى التـــشريع المصري في حماية المستهلك بمادته الأولى ولاتـــي جـــاءت مـــتوافقة تمامـــاً مـــع التعريف الأوروبي والفرنسي والبريطانـــي للمستهلك بكونه الشخص الذي تقدم إليه إحدى المنتجات لإشباع احتياجاته الشخصية أو العائلية.

وعلى ضوء ذلك ثار خلاف كبير في الفقه والقضاء[1] حول تمتع غير المهني أو غير المستهلك بمعناه الضيق في الحماية الواردة في هـذه القوانـين. فقـد تبنت محكمة النقض الفرنسية تعريفاً ضيقاً للمـستهلك حيث استبعدت من نطاق الحماية كل المهنيين حتى ولو أبـرموا تـصرفات خارج نطاق اختصاصهم طالما أن تصرفهم له صـلة مباشـرة مـع نشاطهم المهني ففي رأيها أن صاحب مصنع الأدويـة الـذي يتعاقد على شراء برنامج يلبي احتياجات مصنعه لا يعتبر مستهلكاً بينما لو اشترى هذا البرنامج لأولاده فهو مستهلك[2]. طـبعاً متفق بذلك مع تعريف الجماعة الأوروبية للمستهلك والسابق الإشارة إليه.

لا بل وأكثر من ذلك فإن محكمة العدل الأوروبية في قرار حديث لهـا رفـضت أن تعتبـر الشخص المعنوي مستهلكاً تجب حمايته بمـوجب قوانـين حماية المستهلك، ففي قرار لها بتاريخ ٢٢/١١/ ٢٠٠١ وتحت بند الشروط التعسفية أو المجحفة قالت (إن المستهلك بالمعنى الوارد في المادة الثانية من التوجيه الأوروبي رقم ٩٣/١٣

---

(١).يمكـن مراجعة د. محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص ٢٤، وهامشها وكذلك د. حسن جمعي، مرجع سابق، ١٦٦-١٨٦، ود. محمد حسين منصور مرجع سابق١١١-١١٧.

(٢) أنظر في هذا الشأن

Cass Civ 24/1/1995. D. 1995 Jurisprudence. P327 note. Paisnt, 5/3/2002 G.C.P. 2002 11-10123. note Paisant وانظـر كـذلك: Cass. Civ. 1995 m B. C 1. p510.

مشار إليهما لدى كل من د. محمد حسن قاسم ص ٢٥، ود. محمد حسين منصور، ص١١٥.

والـصادر بـتاريخ ٩٣/٤/٥ بـشأن الـشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلك هو فقط الشخص الطبيعي) [١].

وعلـى النقـيض مـن ذلك فقد ظهر جانب كبير من الفقه يؤيد ويبـرهن علـى أن حماية الشخص غير المحترف تندرج تحت بند حمايـة المستهلك متبنين في ذلك المفهوم الواسع للمستهلك منطلقين من محاولة تعريف الشخص غير المحترف بأنه (كل شخص يتعاقد فـي مجال غير مجال خبرته أو تخصصه ولا تتوافر فيه الخبرة أو المعـرفة الفنية في مجال التعاقد) [٢]. وبهذا وبمفهوم المخالفة فإن منـتج أو مبرمج البرامج الالكترونية إذا تعاقد يكون شخصاً محترفاً أمام ذلك الطرف الذي لا يمارس إنتاج تلك البرامج أو برمجتها.

لا بـل وأكثـر مـن ذلـك ذهب جانب من الفقه إلى أن القانون الفرنسي بشأن حماية المستهلك الصادر على أثر التوجيه الأوروبي فـي عام ٩٣ وتعديلاته في عام ٩٥ والسابق الإشارة إليها، نفسه قد تبنى الحماية التي تشمل المستهلك بمفهومه الواسع انطلاقاً من المادة ٣٥ من القانون الفرنسي بشأن الشروط التعسفية لعام ١٩٧٥ بشكل

---

(١).راجع في ذلك

C. Rondey, Le Consommateur estune personne physique. Le Dalloz Junisprudence. P 90 et. S 2002 أو راجع على موقع محكمة العدل الأوروبية على الانترنت العنوان التالي: http/ . www.curia.eurpa.eurpa .eu .htm

(٢).يمكـن مـراجعة د. حسن جميعي، مرجع سابق ص ١٧٩، ود. محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص ١١٥.

حاسم وصريح بتحديده أن الحماية تشمل كل من لم تتوفر له الخبرة في مجال التعاقد[1].

والواقع أننا نميل ونساند الأخذ بالمفهوم الواسع في تعريف المستهلك في مجال عقود الإعداد للبرامج الالكترونية لإسباغ أكبر قدر ممكن من الحماية على شخص لا يملك أدنى مقومات الخبرة في مواجهة المحترف والواقع أن محكمة النقض الفرنسية تبنت أيضاً بعد صدور التوجيه الأوروبي وتعديل القانوني الفرنسي بما يتلاءم معه موقفاً واضحاً في اقدامها على الأخذ بالمفهوم الواسع لمعنى المستهلك ففي قرار لها في ١٩٩٦/١/٣ رفضت انتفاع المهني من الحماية المنصوص عليها في قانون ١٩٧٨ لصالح المستهلك وغير المهني فكان القرار التالي (إن المادة ٢٥ من قانون مارس ١٩٧٨ تمنع في العقود المبرمة بين المهني من ناحية والمستهلك وغير المهني من ناحية أخرى، أي شرط يلغي حق هؤلاء غير المهنيين والمستهلكين في التعويض في حالة عدم تنفيذ المهني لأحد التزاماته)[2].

ونحن بدورنا وإزاء هذا التذبذب في الموقف القضائي وإزاء اختلاف وجهات النظر فيما بين الفقهاء حول الأخذ بالمفهوم الواسع أو الضيق للمستهلك نرجح ونؤيد توسيع مفهوم المستهلك ليشمل كل من لا يملك خبرة فيما يتعاقد عليه أو على الأقل أن يشمل الشركات

---

(١).د. حسن جميعي، مرجع سابق، ص ١٨٠، ود. نوري محمد خاطر، مرجع سابق، ص ٧٤-٧٥.

(٢).أنظر في عرض هذه الأحكام.د.عادل ابو هشيمة- مرجع سابق هامش ص١١٦-١١٧ و د.محمد حسن قاسم – مرجع سابق ص٧٠-٧٤ .

والأشـــخاص المعنويـــين فيما لو تعاقدوا على تكنولوجيا معينة أمام منتجـــي ومخترعي ومسوقي هذه التكنولوجيا، ونطالب بتعديل قانون حمايـــة المـــستهلك المـــصري في تعريفه لمن هو المستهلك ليشمل الـــتعديل فقط تعريف المستهلك أي لا يبقى فيه من تعاقد لأغراضه الشخـــصية أو العائلـــية وذلـــك أسوة بالمشرع المصري في قانون الـــتجارة الجديـــد عـــندما حمـــى في عقود نقل التكنولوجيا الطرف الـــضعيف "مـــستورد أو مشتري أو مستخدم التكنولوجيا وذلك دون النص على كونه يريد هذه التكنولوجيا لأي غرض[1].

ونـــرى أن المهنيـــين والحرفيين والشركات التجارية والصناعية يمكـــنهم التمـــسك بالمفهوم الواسع لمعنى المستهلك وذلك لمواجهة الـــشروط التعسفية في العقود المبرمة بينهم وبين منتجي ومبرمجي وموزعـــي بـــرامج الحاسب ونظم المعلومات لأنهم حقيقة ومنطقياً يجـــب أن يتمتعوا بالحماية من شروطهم وبالذات كما فعل المشرع البريطانـــي مع تلك الشروط التي وردت دون السماح بمناقشتها أي وردت في عقود نمطية.

ونقتـــرح أن يكـــون تعريف المستهلك هو كل شخص طبيعي أو معـــنوي يتعاقد لأجل حاجاته الشخصية أو الوظيفية أو المهنية. لا نفـــرق فـــي ذلك بين من يشتري برنامجاً لكي ينمي قدرات أولاده اللغـــوية أو من يشتري أو يتعاقد على برنامج لإدارة حسابات مكتب

---

(١).راجـــع المـــادة ٧٥ مـــن قانون التجارة المصري رقم ١٩٩٩/١٧، وأنظر كيف يحمي المتعاقد أمام مورد التكنولوجيا دون تحديد لأي غرض قد تعاقد على هذه التكنولوجيا، وهو ما يجب العمل به في حماية المستهلك.

المحامـــاة الخـــاص به. فإن لم يكن وعرضت قضية ما في الواقع العملي على القضاء ورفض القضاء توسيع نطاق الحماية فما علينا إلا التمـــسك بالقواعد العامة في القوانين المدنية بخصوص التعسف والإذعـــان في نظرية العقد ... إلخ والسابق الإشارة إليهما لمحاولة إنصاف الطرف الضعيف وخلق شيئاً من التوازن في عقد الإعداد.

المبحث الثاني

سريان عقود الإعداد

إن عقود الإعداد بطبيعتها أو في الغالب منها يحكمها موضوعان مهمـــان نـــراهما دائماً على شكل شروط سواء أكانت هذه الشروط محـــل للمفاوضـــات وتـــم التوقيع عليها من قبل الأطراف أو سواء وردت في عقود نموذجية وافق عليها طرف دون أن يناقش الطرف الآخر فيه.

وهـــذان الموضـــوعان هما السريان الزماني لعقد الإعداد والذي يعتبـــر من العقود الزمنية المرتبطة بالزمن أو بالمدة أي أن عنصر الـــوقت فـــيه في الغالب هو عنصر جوهري والسريان المكاني لهذا العقـــد حـــيث في الغالب ما نجد شروط تحصر مكان استعمال هذه البـــرامج في منطقة معينة أو على أجهزة معينة وبواسطة أشخاص معينين في بعض الحالات.

هذا بالإضافة إلى أن تثبيت مدة نفاذ العقد هي ضرورة ملحة في عقـــود الإعداد والتي يتم التعاقد عليها مع ترك مباشرة تنفيذها إلى وقت آخر مما يخلق إشكالية في معرفة القانون الواجب التطبيق وأن

سـريان هذه العقود من حيث المكان يفيد أيضاً في معرفة المحكمة المختصة بنظر النزاع فيما لو ثار بين الأطراف. لذلك كله سنقسم هـذا المـبحث إلى مطلبين نعالج في المطلب الأول المدة في عقود الإعداد ونعالج في المطلب الثاني سريان العقد من حيث المكان.

المطلب الأول

المدة في عقود الإعداد

الأصـل في العقود الزمنية أن الزمن يكون عنصراً جوهرياً فيها يتحدد على أساسه التزام أحد طرفي العقد أو التزام الطرفين معاً[١].

وعقـود الإعداد كما هي العقود الأخرى يترتب عليها آثار وهذه الآثـار الـبعض منها ينفذ فوراً والبعض الآخر بحكم طبيعتها يأخذ وقـتاً لكي ينفذ، فنقل ملكية برنامج مثلاً من ذمة البائع إلى المشتري تـنفذ فـوراً وبحكم العقد[٢]. والترخيص باستعمال برنامج[٣] يتفق

---

(١).أسـتاذنا د. أحمد شرف الدين، نظرية الالتزام ج١، مرجع سابق، ص ٦٢-٦٣. ود. أنور سلطان، مرجع سابق ص ٢١-٢٢.

(٢).نـص المـادة ١٩٩ من القانون المدني الأردني (١- يثبت حكم العقد في المعقود عليه وبدلـه بمجـرد انعقاده دون توقف على القبض أو أي شيء آخر ما لم ينص القانون على غير ذلك) وكذلك راجع المادة ٢٠٤ من القانون المدني المصري والمادة ١٨٠ من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

(٣).عقـد التـرخيص Software license agreement هـو عقد يوقع بين صاحب حق الملكـية على البرنامج وبين مستخدم أو مستعمل البرنامج بحيث يقوم صاحب حق الملكية بوضـع ضوابط وشروط لاستخدام هذا البرنامج من قبل المستخدم ومفاد ذلك أن استخدام هـذا البرنامج بدون هذا الترخيص أو بالمخالفة لشروطه يعتبر مخالفة لعقد ملزم يستوجب المسؤولية العقدية فضلاً عما يمثله في الغالب هذا الاعتداء على حقوق صاحب الترخيص

الطـــرفان علـــى مـــدة أو قد تكون مدى الحياة مثلاً مع حفظ حقوق الملكية الفكرية وفي عقود المقاولات هناك آثاراً تحتاج مدة لتنفيذها يـــتفق طـــرفا العقد على تحديدها وهي لا تكون كما رأينا إلى مالا نهايـــة ففي الغالب تعطى فرصة ثم يتم تحديد سقف أو حق بالفسخ أوبالتراجع... الخ.

خلاصـــة القـــول أن المـــدة في عقود الإعداد تكاد تكون عنصراً متلازماً وبالذات في مقاولات الإعداد. وما يترتب على التفرقة بين العقـــود الفـــورية والمـــستمرة من آثار أيضاً بالنسبة للأثر الرجعي للفـــسخ بالنـــسبة للعقـــود فورية التنفيذ حيث نصت المادة ١٦٠ من القانـــون المدنـــي المصري أنه (إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالـــة التـــي كانـــا علـــيها قبل العقد فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض)[١]. ويرى الفقه في ذلك أن العقود فورية التنفيذ ينسحب فـــيها أثر الفسخ على الماضي حيث يعتبر العقد كأن لم يكن وتزول كل آثاره[٢].

علـــى عكـــس العقود المستمرة التنفيذ فإن الرأي الغالب في الفقه يـــرى أنـــه إذا مـــا تم فسخها فإن آثار هذا الفسخ لا تنسحب على الماضـــي بـــل تنفذ من وقت وقوع هذا الفسخ وكما يوضح أستاذنا

وفقاً للحماية الواردة في قوانين حق المؤلف. يمكن مراجعة د. فاروق الحفناوي موسوعة قانـــون الكمبيوتـــر ونظـــم المعلومات، الكتاب الأول، مرجع سابق، ص ١٧٤، و د. خالد مصطفى فهمي، الحماية القانونية لبرامج الحاسب، مرجع سابق، ص ٨٦ وما بعدها.

(١).تقابل المواد ٢٤٨ مدني أردني والمادة ٢٠٦ من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

(٢).راجـــع في ذلك د. السنهوري = مرجع سابق، ص ٢٠٧، ود. سليمان مرقص، مرجع سابق ص ١٠٩ وما بعدها.

الدكتور أحمد شرف الدين في ذلك أن الزمن في العقد مستمر التنفيذ (مقـــصود لذاته يقاس به المعقود عليه)[1]. هذا بالإضافة إلى أهمية الإنـــذار فـــي العقود الفورية لاستحقاق التعويض وعدم أهميته في عقود المدة أو العقود المستمرة.

لذلك كله سنناقش في هذا المطلب وعبر الفرعين المتتاليين العقود مستمرة التنفيذ والعقود فورية التنفيذ طبعاً بتطبيقها على عقود إعداد برامج الحاسوب.

الفرع الاول

العقود مستمرة التنفيذ

بداية نقول أنها العقود التي يكون بها الزمن عنصراً جوهرياً. إذ علـــى مقتضاه يتحدد المقابل الذي يكون التزام آخر في ذمة طرف آخر، فالزمن كما ورد أعلاه فيها (عنصر مقصود لذاته) لقياس قدر وكمية الالتزام المقابل.

وبالحديث عن عقود الإعداد إذا كانت صيغتها من العقود مستمرة التنفيذ بأي شكل كان فثمة مبدأ يجب الانطلاق منه يكاد يكون مسلم به في معظم القوانين والتطبيقات القضائية قوامه أنه يجوز للأطراف باتفـــاق فـــيما بينهما أو بموجب شروط نموذجية (نمطية) تحديد مدة سريان العقد وكيفية البدء بهذا السريان ووقت الانتهاء[2] وأوضح ما

---

(١).د. أحمـــد شرف الدين، نظرية العقد، مرجع سابق، ص ٦٤، ود. أنور سلطان، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٢٢.

(٢).د. أحمد شرف الدين، عقود التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص ١٦١.

يجـد هذا المبدأ تطبيقاً له هو في عقود الإعداد والتي تكون طبيعتها الخاصة تتطلب أوقات وفترات معينة كنا قد تحدثنا عن بعضها سابقاً كفترات التجربة والاختبار وسنتحدث عن بعضها الآخر فيما يلي.

ففـي عقـود الإعداد نجد مثلاً أن تحديد المدة ضروري جداً في العقـود المـؤجلة النفاذ بالقدر الذي تبلغ من الأهمية بتحديد نهايتها الأمـر الـذي يـصعب معـرفته في العقود الفورية بالنسبة لإعداد البـرامج أو حتـى بالنسبة للبرامج المعدة سلفاً، فشراء برنامج على قـرص مضغوط مثلاً CD من أي محل سواء متضمناً هذا الشراء التـنازل عـن الملكية وهو الأمر النادر الحدوث أو متضمناً شراء التـرخيص بالاستعمال وهو الأمر الشائع في مثل هذه المواقف ففي هـذه الحالة وبقصد الشراء تتم عملية الدفع والتسليم في وقت واحد أي أن تاريخ النفاذ وتاريخ الإبرام بالنسبة للعقد لا يفصل بينهما أي فاصل لذلك فالمدة في مثل هذه العقود ليست لها دور كبير، حتى لو افترضـنا جدلاً أن التنفيذ سيكون عبر فترات متباعدة بالنسبة لوقت إبـرامه حيث تبقى المدة ليست لها دور في جوهر الموضوع طالما أن تنفيذ الالتزام سيتم في وقت محدد وثابت حتى لو كان هذا الوقت بعـيداً عـن تـاريخ الانعقاد وهذا ما يختلف كلياً عن بعض العقود بالنـسبة لإعداد البرامج إذا تعلق نفاذ العقد بمدد مختلفة كعقد إيجار البـرنامج أو عقود المساعدات الفنية[1] أو عقود مقاولات البرامج[2]

---

(1) Undertaking from technical employees, professional services agreement

(2) Software development agreement

والتـــي تأخـــذ وقـــتاً لإنجازها مما يصدق عليها وصف أنها عقود مستمرة التنفيذ.

وأوضـــح دليل على دور المدة في مثل هذه العقود ما استقر في رأي الفقـــه[1] مـــن تعريف عقد الترخيص بالاستعمال[2] فيما لو تم إعداد برنامج معين لشخص معين بهذا النوع من العقود بقولهم (هو ذلـــك العقـــد الـــذي يتفق أطرافه على أن يتمتع العميل (المستخدم) بـــسلطة اســـتعمال البرنامج لوقت معين أو لمدى الحياة نظير مقابل نقـــدي يدفعـــه للمورد (المنتج..)) وبمحاولة استظهار هذا التعريف ومقارنـــته مع ما هو موجود بسوق العمل من شروط وعقود نلاحظ ما يلي:

أولاً: المـــدة دائماً محددة في مثل هذه العقود والتي يرخص خلالها باســـتعمال البرامج وهي قد تكون شهراً أو سنة أو عدة سنوات وقد تكون مدى الحياة Perpetual، ولا يجب أن تقلقنا قضية الترخيص

---

(١). د. حـــسن عبد الباسط جميعي، مرجع سابق، ص ٣٣، ود. حمد خاطر، مرجع سابق، ص ١١٢، وفـــي هـــذا الـــشأن أيضاً يمكن مراجعة: Michel Rennie – Computer contract – Sweet and Maxwell – London, 1999.P.48.

(2) Software License Agreement / ويقـــسم عقـــد التـــرخيص بالاستغلال إلى عقد تـــرخيص اســـتئثاري exclusive وهو ترخيص لا يجوز معه منح تراخيص أخرى من المالك إلى مستخدمين آخرين لاستخدام البرنامج. وغير استئثاري Non Exclusive وبه يجـــوز مـــنح تـــرخيص استغلال البرنامج نفسه لمستخدمين آخرين/ يمكن مراجعة معجم الكيلانـــي لمـــصطلحات الحاســـب الآلي، مكتبة لبنان، ١٩٩٧، ص ٣٤٩، ود.= =شحاته غـــريب شـــلقافين برامج الحاسب الآلي والقانون، مرجع سابق، ص ٨٠-١٠٠، ود. خالد مصطفى فهمي، الحماية القانونية لبرامج الحاسب الآلي، مرجع سابق، ص ٩٠ وما بعدها.

الممـــنوح مـــدى الحـــياة فهي لا تختلف عن الترخيص لمدة معينة لأسباب عدة نذكر منها:

١. هـــناك شروط بجواز إلغاء هذا الترخيص سواء كان مدى الحياة أو لمـــدة معيـــنة بـــسيطة وذلـــك فـــيما لو خالف المرخص له بالاستعمال شروط الترخيص سيما المخالفات الجسيمة[١].

٢. أنـــه مـــن خـــلال استقراء عقود الترخيص نلاحظ أنه دائماً ما تتصرف نية المتعاقدين إلى الدخول في عقد ترخيص وليس عقد بـــيع كامل إذ حينها سيكون الفرق في الأسعار هائلاً ما بين عقد التـــرخيص وعقـــد البيع طبعاً لصالح عقد البيع، مما يستتبع أن يلتـــزم المرخص له باحترام شروط الترخيص والتقيد بها الأمر الـــذي يجيـــز للمرخص دائماً إلغاء الترخيص فيما لو خولفت و ذلك لان المرخص له لمدى الحياة يمكن أن يدفع بدل الترخيص مـــرة واحدة ويمكن أن يدفع بطريقة إيجار الترخيص وذلك على فترات معينة.

٣. الـــشروط الواضحة على بعض البرامج والتي تفيد بعدم البيع أو النسخ أو التعديل أو أي شيء آخر والسابق الحديث عنها والتي تـــؤكد في مجملها أن هذا عقد ترخيص لفترات وليس عقد تملك لإمكانيات البرنامج أو لحقوق نشره[٢].

---

(١).أنظـــر في الطبيعة القانونية لعقد الترخيص باستعمال برنامج الكمبيوتر وهل هو من قبيل عقـــود بـــيع حـــق الاستعمال أم من قبيل عقود الإيجار، د. حسن عبد الباسط جميعي، مرجع سابق، ص ٧٠-٨٥.

(٢).راجع سابقاً الشروط النموذجية ص.

ثانـــياً: إن الواقـــع العملـــي يـــشير أن الغالبية العظمى من البرامج النموذجـــية يـــتم تداولها من خلال عقود ترخيص بالاستعمال بحيث يمكـــن تكيفها كما أسلفنا بأنها عقود تأجير للمال المنقول المعنوي[١] والـــذي هـــو البـــرنامج وطبعاً إن عقود الإيجار محورها المدة، أو الـــوقت الـــذي يـــشكل بديلاً للثمن في المحل. وهو محور المنفعة بالمأجور ويؤكد على ذلك في عقود الإعداد ما يلي:

١. إن عقد الترخيص لا يقدم للمستخدم إلا حق شخصي في مواجهة المورد أو المنتج على خلاف عقد التنازل بالبيع الذي يمكنه من كافة حقوقه الملكية[٢].

٢. يلتـــزم المـــورد أو المنتج طيلة فترة إيجار الاستعمال بإصلاح الأعطـــال وهـــذا ما رأيناه سابقاً في بعض العقود النموذجية في مقابـــل إمكانـــية المستخدم بالانتفاع بطريقة مثلى ببرنامجه في

---

(١).د. حـــسن جميعي مرجع سابق ص ٧٦-٨٠، د. محمد السيد عمران، مرجع سابق، ص ٨٢ ومـــا بعـــدها، وفـــي هـــذا المعنى أيضاً د. أنس السيد عطية سليمان، ضمانات نقل التكنولوجيا للدول النامية من الوجهة القانونية، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٩٦، ص ٢٨٧ وما بعدها.

(٢).يمكـــن مـــراجعة المـــواد ١٤٣ و١٤٥ و١٤٧ و١٤٩ من القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ الخـــاص بحمايـــة حقوق الملكية الفكرية المصري الكتاب الثالث حقوق المؤلف والحقوق المجـــاورة، الجـــريدة الرسمية عدد ٢٢ مكرر ٢٠٠٢/٦/٢ وهي تقابل المواد ٩/ و٧ من قانـــون حماية حق المؤلف الأردني رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٢ – الجريدة الرسمية عدد ٣٨٢١، ١٩٩٢/٥/١٦.

ضـــوء الغرض الذي من أجله تم إنتاج البرنامج وهذا دليلاً آخر على دور المدة أو الوقت في مثل هذه العقود[١].

٣. يرى الفقه أن أية مميزات يمنحها مؤلف البرنامج مثلاً أو مورده إذا كانـــت لـــه الملكـــية للمـــستخدم كـــبعض أشكال الاستعمال والاحـــتفاظ بنسخ احتياطية إنما تتم في ضوء كونها لازمة لحق الاستعمال ومرتبطة به مثل حق النسخ المقيد.. الخ. وقد قضت محكمـــة اســـتئناف مونبليه برفض تكييف عقد ترخيص برنامج محاســـبي بأنه عقد بيع للبرنامج أو بيع لحق الاستعمال وانتهت إلى أنه عقد ينحصر بتمكين العميل من الانتفاع بسلطة استعمال البـــرنامج مع بعض المميزات التابعة لهذا الحق من خلال عمل نـــسخة احتياطـــية للبرنامج وقالت أن هذا يعتبر من قبل عقود إيجار الأشياء المعنوية[٢].

ثالـــثاً: ولـــنا دلـــيل على دور المدة وأهميته بالشرط المشهود الذي تـــضعه شـــركة مايكروســـوفت[٣] العالمية على برامجها المنتشرة بالأســـواق وبالذات برامجها التطبيقية (بطريقة فض العبوة) (يدخل

---

(١).احمد عبد الرحمن الملحم، نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها، مرجع سابق، ص٢٥٠، ود. نصيره بو جمعة سعدى، مرجع سابق، ص١٦٢-١٦٣.

(٢).أشار إليه د. حسن جميعي، مرجع سابق، ص ٧٨

.Montbtellier-2Jullet.1991-ede,1,141n^{0}9.

(٣).هـــي شـــركة بـــرمجيات يعمل فيها حوالي ١٦ ألف موظف وتبلغ مبيعاتها السنوية ٦ مليارات دولار وتقدر قيمتها السوقية ب ٥٠٠ مليار دولار ويملك بل غينس لوحده ٨٠% مـــن أســـهمها، طبعاً وهي كبرى شركات البرمجة في العالم. د. فاروق الحفناوي، قانون البرمجيات، مرجع سابق، ص ٢٢.

العقـد حيـز النفاذ بمجرد فض العبوة لأي من طرفيه أن يضع حداً لاستمراره بإعذار الطرف الآخر برغبته في إنهاء التعاقد قبل شهر من حلول التاريخ الذي يحدده لذلك).

وبحـسب مايكروسوفت أيضاً بالنسبة لعقود مقاولات الإعداد أن الترخيص يبقى سارياً طالما العميل ملتزماً بدفع الأجرة بشكل دوري مـا لم يعلن أحد المتعاقدين رغبته في الإنهاء أو الفسخ ويعتبر العقد منفـسخاً بغيـر حاجة إلى اعذار عند إخلال العميل بشروطه، وفي حالـة فسخ العقد فإن العميل يلتزم فوراً بإعدام كافة الوثائق وجميع النسخ التي يحوزها من البرنامج أو عنه[1].

ويتـضح لـنا مما أوردناه سابقاً أن هذه في أغلبها عقود مستمرة التنفـيذ حـيث تتميـز بالتزامات متكررة مثل عقود الإيجار فعلى المستفيد المستأجر أن يدفع كل مرة بدلاً للإيجار[2]، إذا تم تحديد مدة أمـا إذا لم يتم تكون مدتها غير محدودة فينقلب العقد إلى عقد غير لازم ينتهي كما رأينا في عقود المايكروسوفت بإفصاح أحد الطرفين عـن رغبـته في ذلك[3]، وقد يشترط أحد المتعاقدين بحق الاحتفاظ

---

(١) د. فـاروق الحفـناوي، موسوعة قانون الكمبيوتر ونظم المعلومات، ج١، ص ٧٠ وما بعـدها. وهيكـتور ماكيوين، مرجع سابق، ص ١٣٣، وكذلك يمكن مراجعة د. أبو العلا علي النمر، مرجع سابق، ص ٧٧-٨٥، ود. خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص ٩٧ -٩٨.

(٢) المادة ٥٨٦ فقرة ١/ من القانون المدني المصري تقابل المواد ٦٦٦ و٦٦٧ مدني أردني والمادة ٧٠٣ فقرة ١ مشروع فلسطيني.

(٣) تـنص المـادة ٦٧٠ من القانون المدني الأردني (إلا إذا لم تحدد مدة لعقد الإيجار وقد جـرى العقـد بأجـرة معينة لكل وحدة زمنية، انعقد لازماً لوحدة زمنية واحدة ولكل من الطـرفين فسخه في نهايتها، وكلما دخلت وحده اخرى والطرفان ساكنان تجدد العقد لازماً

لوحده بإنهاء العقد على أن لا يكون هذا الحق أبدي لأن في ذلك ما يخالف النظام العام.

هـذا بالإضـافة إلـى أمكانـية تجديد هذه العقود ونقصد العقود مـستمرة التنفـيذ عند انتهاء المدة بشرط يسمح بهذا التجديد سواء اتفاقـي أو تلقائي وهذا مستمد من القواعد العامة في القانون المدني وبالـذات فـي عقـد الإيجار، ولكن إذا تم النص صراحة على أن التجديد يجب أن يكون صريحاً فلا مجال لأعمال التجديد التلقائي.

ويمكـن اعتبار التجديد قد تم ضمنياً كاعتبار السكوت المتخذ من قبل الأطراف خلال مدة معينة سابقة للمدة الأولى تجديداً للعقد وهذا كلـه يعمل به في حالة عدم وضع شروط تنص على كيفية التجديد للعقـد فمـثلاً يمكـن أن يـرد شرط يحدد التجديد بلقاء الأطراف فالتقاءهما لا يعني التجديد ولكن يعني المفاوضات على التجديد[1].

و فـيه قـد أجمع الفقه على أن تجديد عقد الإعداد والذي يعتبر اتفاق جديد على العمل بالعقد السابق ليس بالضرورة فيه أن تتطابق المـدة الجديـدة مع السابقة وكذلك ليس بالضرورة أن يكون بنفس المقابـل ولكن يمكن أن يرد الاتفاق على العمل بالعقد السابق على

علـيها) قـريباً مـن هذا المعنى المادة ٥٦٣ مدني مصري، والمادة ٦٦٩ مشروع مدني فلسطيني.

(١).راجع المواد ٥٩٨ و٥٩٩ مدني مصري والمواد ٧٠٧ مدني أردني والمواد ٧١٦ و٧١٨ مشروع مدني فلسطيني.

شروط الملكية الفكرية وقوانين الحماية إذا لم يكن قد استجد ما يعيق العمل بها وكذلك على شروط الترخيص... الخ[1].

ونحن إذ نطبق بعض أحكام عقد الإيجار على بعض عقود الإعداد فهو ليس من باب أن كل عقود الإعداد يطلق عليها وصف عقود إيجار ولكن فقط لكي نبرز دور المدة في هذه العقود. لتشابهها الكبير في بعض هذه النماذج مع الأحكام العامة لعقد الإيجار لذلك لا ضير من استلهام بعض أحكامه.

الفرع الثاني

المدة في العقود فورية التنفيذ

بداية نقول إن العقد الفوري هو العقد الذي لا يكون الزمن عنصراً أساسياً فيه أي حتى لو كان للزمن دور في وقت أو أجل التنفيذ، لكن لا دور له في تحديد محل الالتزام[2].

والمبدأ العام في العقود كافة أن الالتزامات الناشئة عن العقد تبدأ مباشرة حالما يتم إبرام العقد وهذا يعني أن بداية التنفيذ تكون مع اللحظة التي يتم فيها إبرام العقد، وقياساً على راي الفقه بخصوص العقد الفوري المشار إليه في الفقرة السابقة فإن بيع برنامج أو الترخيص باستعمال برنامج ينشأ التزام بالتسليم ودفع الثمن حالما

---

(١).راجع في هذا د. نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص ١١٦، ود. حسن جميعي، مرجع سابق ص ٦٢-٦٦.

(٢).أستاذنا د. أحمد شرف الدين، نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص ٦٢. د. أنور سلطان، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص٢١، د. السنهوري، مرجع سابق، ص ٢٥٦.

يـــتفق الطرفان على المبيع أو شروط الترخيص والبدل حتى لو تم تأجـــيل وقت التسليم إلى وقت لاحق يختاره الطرفان، إذ أن الالتزام قـــد نـــشأ مـــع إبرام العقد ورتب في ذمة كل منهما واجبات.. الخ وطالما أن العقد ونقصد هنا العقد الذي محله برنامج طبعاً سواء كان بـــيعاً أم ترخيص باستعمال وسواء سيتم إعداده أم معد سلفاً. طالما أن هذا العقد قد نص على أن التسليم لاحقاً فلا مانع قانوني من ذلك كمـــا أسلفنا، وكثيراً ما نصادف في عقود الإعداد أن يتم تحديد وقت معـــين لتفقد العقد، وكذلك تعليق تنفيذ الالتزام نفسه على إنجاز عمل معـــين[1] كأن يطلب معد أو منتج البرامج تجهيز المستخدم لنفسه أو بأية طريقة كانت (يمكن أن يقوم بها المنتج نفسه بأجهزة ذات طاقة استيعابية مثلاً معينة أو بأجهزة من نوع معين أو يشترط هو تدريب من سيعمل على برامجه أو انتداب خبير من عنده... إلى ما شاء الله مـــن شـــروط يمن أن تجعل دخول حيز النفاذ في وقت لاحق لوقت إبرام العقد.

---

(١).ذكـــرنا ســـابقاً ان هذا العقد يمكن ان يتم تنفيذه النهائي بعد اجتياز عدة مراحل وبالذات قـــضية اختبارات القبول الأولية والثانية وكذلك بعض البرامج التي تعرف في الغرب، of the shelf والتي توحي بأن عقد شرائها هو عقد بيع عادي لأنه يتم تناولها من على الرف ولكـــنها في الحقيقة عقود ترخيص باستعمال يشترط في بعضها أن يتم تشغيلها على جهاز من نوع كذا أو طبقاً لمواصفات كذا أو موجود عليه برنامج أساسي كذا وهذه كلها تتطلب مـــن المستخدم القيام بأعمال لبدء سريان عقد الترخيص – راجع سابقاً ص ، وكذلك يمكن مراجعة د. فاروق الحفناوي، موسوعة الكمبيوتر ونظم المعلومات، نماذج عقود ج١، ص ٩٠ وص ٢٤٢ وما بعدها.

وبالـــبحث والتدقيق نلاحظ ملاحظة هامة وهي أنه رغم أن هناك فـــي مجال الإعداد عقود فورية التنفيذ إلا أنه وكما أسلفنا في الفرع الـــسابق فـــإن هذه المدة تبرز بشكل أوضح وأكبر في عقود الإعداد حـــيث أن العقود مستمرة التنفيذ تطغى صورها على العقود الفورية التـــي تكـــاد تنحصر في بيع برامج تتضمنه حقوق الملكية الفكرية للبـــرنامج نفـــسه وهي تكون على شكل تنازل المبرمج نفسه لشركة برمجيات لتسويق برنامجه ولتتصرف فيه كيفما شاءت بعد أن تنازل عـــن حقوق المؤلف التي يضمنها القانون له أو أن الشركة المسوقة للبرامج وهي التي أنتجتها أو اشترتها من المبرمج قد باعتها متنازلة في هذه الصفقة أو العقد وبصورة جلية وواضحة عن حقوق الملكية كاملـــة بحيث ينعقد العقد فورياً في هذه الحالة وتترتب آثاره ويملك المـــستخدم كافة الحقوق عليه وطبعاً هذه الصورة نادرة الحدوث في الحياة العملية في مجال البرمجيات رغم أنها كما أسلفنا تحصل فيما بين الشركات المختصة بالبرمجة بعضها قبل الآخر وفي هذه الحالة يكون ثمن البيع للبرنامج عالياً جداً كما ذكرنا سابقاً.

ويبقى الوجه الأكثر شيوعاً وقبولاً في هذا المجال هو بيع السماح باستخدام البرنامج لمدة معينة أو مدى الحياة وفق الشروط التي تمت مناقـــشتها ســـابقاً والتـــي تحمي حقوق المؤلف وتمنع من استغلال البـــرنامج والتـــصرف فيه أي بشكل مختصر تبقى عقود المدة هي الأكثر شيوعاً.

المطلب الثاني

سريان العقد من حيث المكان

هناك بعض الخصوصية التي تنفرد بها عقود الإعداد بخصوص قضية المكان وهذه الخصوصية تتعلق دائماً في الحيز المسموح به العمل بعقد الإعداد أو الترخيص والتقنية الواجبة التنفيذ حصراً على جهاز معين، أما باقي قواعد التسليم فإنها لا تختلف عنها في القواعد العامة للعقود.

إن تحديد الحيز المكاني الذي يصرح باستعمال البرنامج فيه يعني ضمناً تحديد الموقع الذي سيستعمل فيه البرنامج[1] فمثلاً القيام بإعداد أو تطوير برنامج كمبيوتر وسواء كان من برامج التطبيق أو من برامج التشغيل لصالح شركة معينة غالباً ما يصاحبه شرط يقيد هذه الشركة كصاحبة امتياز (مستفيد) بعدم استخدام هذا البرنامج إلا في مكان واحد دون أماكن أخرى، ذلك بالنص على ذلك صراحة في العقد والدافع الرئيسي في اعتقادنا لمثل هذه الشروط دائماً هو خوف المنتج أو المبرمج (صاحب حق الملكية على البرامج) على حقوقه الواردة على البرامج بسبب تذبذب أو تدني مستوى الحماية في بلاد معينة أو مدن معينة بالمقارنة ببلاد أخرى أو مدن أخرى، لأسباب منها اختلاف القوانين في البلد المتفق عليه عنها في البلاد أو الأماكن المحظورة أو أن قوانين البلد المتفق عليه تعادل قوانين

---

(1) Michel Rennie – Computer contract – Sweet and Maxwell – London, 1998 p.51.

ويمكن مراجعة الكيلاني، مرجع سابق، ص ٣٤٩ ود. عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ص ١٨٤.

بـــلاده من ناحية الحماية ونلاحظ هذه الشروط إذا كان المنتج شركة تعمـــل فـــي دول مثل (أوروبا، أمريكا، اليابان، الخ) فهي تتشدد في الحماية وذلك على خلاف دول أخرى[1].

ويمكـــن أن يـــضيق صـــاحب حـــق الملكية على البرنامج على المستفيد أو المستخدم أكثر من ذلك كأن يسمح باستخدام البرنامج في فـــرع مـــن فروع الشركة أو في مركزها الرئيسي بقوله مثلاً: (في الفـــرع الرئيـــسي للـــشركة الكائن في شارع كذا أو في كافة فروع الشركة في دولة كذا).

او أن اســـتعمال البـــرامج سيكون على الأجهزة التي تم الاتفاق عليها في العقد ومفاد ذلك عدم جواز استعمال البرنامج على أجهزة

---

(1) Henry Carr and Richard Arnold – Computer Software – Legal protection in the United Kingdom. 3erd ed. London, Sweet and Maxwell, 1998. p.7.

ويمكن مراجعة د. محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص ٩٠، وما بعدها، ود. شحاته شلقامي، مـــرجع سابق، ص ٤٣ في تعليق على التوجيه الأوروبي الصادر في ١٩٩١/٥/١٤ بشأن حمايـــة برامج الحاسب الآلي، ومما يذكر هنا أن أغلب الدول في الوقت الراهن قد رفعت مستوى الحماية للبرامج خصوصاً بعد توقيع معظم دول العالم على اتفاقيات الجات الجديدة ومـــن أهـــم اتفاقـــياتها الثمانية والعشرين اتفاقية المجالات المتعلقة بالتجارة في =حقوق الملكـــية الفكـــرية. Agreement on Trade – Related Aspects Intellectual Property Rights فقـــد أعطـــت هـــذه الاتفاقـــية لحماية البرامج بعداً عالمياً وربطت موضـــوعات حمايتها بآليات محددة لا تستطيع الدول الفكاك منها مما انعكس على تشريعات هـــذه الـــدول وأهـــم ما جاء فيها أنها عممت حماية البرامج بموجب حق المؤلف باعتبار البـــرامج مصنفات أدبية (م ١١ ف ١) نصوص الاتفاقية منشورة بالجريدة الرسمية ٢٤٤ فـــي ١٩٩٥/٥/١٥، ص ٣٩٧. راجـــع في هذا الشأن د. أسامة أحمد بدر، مرجع سابق، ص ١٣ و١٤، وكـــذلك د. محمد حسام لطيفي، في تأثير اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (تربس) على تشريعات الدول العربية – القاهرة ٢٠٠٠.

خلاف تلك التي تم ذكرها في العقد وهذا يقود إلى الافتراض التالي: إذا كـــان المـــستفيد أو المستخدم قد تسلم برنامج الكمبيوتر موضوع الإعـــداد علـــى وســـيطين مثلاً (قرص مرن Floppy و CD) فلا يجوز له أي للمستخدم استعمال كلا الوسيطين على جهازين مختلفين كما لا يجوز له تأجير أو إقراض أحدهما للغير[١].

وغيـــر ذلـــك الكثيـــر مـــن الشروط التي لها علاقة مباشرة بمكان استخدام البرامج وأحدثها تلك الشروط التي تمنع من استخدام البرنامج موضـــوع الإعـــداد على جهاز كمبيوتر يمكن الوصول إليه عن بعد والقـــصد أنه متصل بالشبكة الدولية للمعلومات "الانترنت" والذي يعبر عـــنه Non Remotely Accessible وكذلك الشرط الذي يمنع من اســـتخدام البـــرنامج علـــى جهـــاز كمبيوتر متصل بشبكة من أجهزة الكمبيوتـــر Computer Network كـــتلك البرامج المعقدة والتي يتم إعدادها خصيصاً لتستخدم في إدارة أعمال المؤسسات الكبيرةوالبنوك وشركات الاتصالات أو إدارة حركة الطيران والتي يشترك في إنتاجها خبـــرات كبيرة ويتم التعاقد عليها عبر اتفاقيات واضحة بين الأطراف تحـــدد بالـــضبط مكان التشغيل والشبكات المتصلة والحماية وما إلى ذلك[٢].

---

(١).يمكن مراجعة عقود شركة IBM وبالذات العقود النموذجية أو النمطية للشركة والتي لا تـــسمح باســـتخدام برامجها إلا على أجهزتها المحددة في العقد وتحدد في هذه العقود أيضاً الأمـــاكن التي لا يجوز استخدام البرامج فيها. يمكن مراجعة عقود IBM، مرجع سابق، ص١٩٠ وكـــذلك يمكن الرجوع إلى Raysman and Broun. PR. P. 190 وهيكتور ماكويين، مرجع سابق، ص١٢٥.

(٢).د. فـــاروق الحفناوي، قانون البرمجيات، مرجع سابق، ص١٣٣، وكذلك يمكن مراجعة Henry Carr and Richard – Computer Software – PR. P 9.

فالمستثمرون والمنتجون والمطورون لبرامج الكمبيوتر إذا أحسوا واستشعروا أن استثماراتهم وجهودهم الفكرية في مأمن وأن عائداتهم دائماً محمية بموجب قوانين فإن ذلك سيكون مدعاة لازدهار هذه الصناعة في المستقبل ويشكل حافزاً لهم وكذلك تشكل الحماية سياجاً يضمن وصول هذا الإبداع إلى كل أفراد المجتمع لكي يستفيدوا منه بطريقة مشروعة ومنظمة وإلا فإنهم سوف يختارون البيع وحده والذي سيكون بمبالغ طائلة وبالتالي سيصبح برنامج الكمبيوتر بعيداً عن متناول أغلب أبناء الطبقات المتوسطة والفقيرة.

إن تحديد مكان العقد ضروري أيضاً في العقود الدولية الواردة على إعداد البرامج بحيث يترتب عليه أمور كثيرة منها تحديد القانون الواجب التطبيق والاختصاص القضائي وهذا ما سنحاول معرفته من خلال الفرعين التاليين.

الفرع الأول

موقف القوانين النموذجية

في البدء لا بدّ من القول أن العقد المبرم داخل إقليم الدولة لا توجد مشكلة في اختيار القانون الواجب التطبيق عليه خاصة إذا كان تنفيذه أصلاً سيكون في داخل هذا الإقليم[1]. وفيما يتعلق كذلك بتحديد المحكمة المختصة محلياً بنظر النزاع فإن القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة ٤٩ من قانون المرافعات المصري تشير بهذا الصدد إلى اختصاص محكمة موطن المدعى عليه فوفقاً لهذه المادة تكون المحكمة المختصة هي المحكمة التي يقع في

---

(1) المادة ٤٩ من قانون المرافعات المصري والمادة ٢٥ من القانون المدني المصري.

دائـــرتها مـــوطن المدعـــي علـــيه، وإذا تعدد المدعى عليهم يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها محل إقامة أحدهم بحسب اختيار المدعي. ولا نريد أن نطيل في هذه القضايا فهي أولاً ليست محـــور هـــذا البحث وثانياً هي قد أشبعت بحثاً في الكتب والمراجع العامة.

أما النقطة مثار الخلاف والتي عادة ما ترافق عقود إعداد البرامج فهي عندما يكون العقد دولي أي مبرم عبر الحدود والذي يخضع في هـــذه الحالـــة مـــن حيث القانون الواجب التطبيق بشأن المنازعات الناشـــئة عـــنه والقـــضاء المختص بنظرها كقواعد القانون الدولي الخـــاص والتـــي سنحاول استظهارها عبر استجلاء موقف القوانين والاتفاقيات الدولية بخصوصها.

وقـــد اقـــرت معظم الأنظمة القانونية في العالم والمعاهدات الدولية ذات الـــشأن حرية أطراف العقد في اختيار القانون أو النظام القانوني المطـــبق عليه، فالعقد يخضع للقانون الذي اختاره أطرافه صراحة أو ضـــمنياً وهـــو ما يسمى بقانون العقد، the Law Chosen by the Parties ويعتبر هذا المبدأ في ذاته قاعدة من قواعد تنازع القوانين[1] وقـــد تبنى القضاء الانجليزي قانون إرادة المتعاقدين حتى قبل التوقيع علـــى اتفاقـــية رومـــا (الاتفاقية الأوروبية بشأن القانون المطبق على

---

(١).أســـتاذنا د. أحمـــد شـــرف الدين، عقود التجارة، مرجع سابق، ص ١٨٣. ود. هشام صـــادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف الإسكندرية، ١٩٩٥، ص ٧٨٧.

الالتـزامات العقدية روما ١٩٨٠)[١]. إذ وفقاً للرأي التقليدي فيه أن على القاضي الوطني لدى عرض النزاع أمامه أن يتأكد قبل كل شيء بـربط العقـد المتـنازع فـيه بقانـون وطني معين يطلق عليه الفقه الانجليـزي The Proper law of contract وهذا القانون هو الذي يختاره الطرفان عند التعاقد صراحة أو ضمنياً[٢].

وهو نفس المعنى الذي جاءت به المادة الثالثة من اتفاقية روما في المادة الثالثة منها بقولها (يحكم العقد القانون المختار بين الأطراف)[٣].

وهـو أيـضاً مـا جاء في الاتفاقية الأوروبية الخاصة بالتحكيم الـتجاري الدولي على أن الأطراف أحرار في تحديد القانون الذي يجب أن يطبقه المحكمون على موضوع النزاع[٤].

وهـو نفـس ما جاء في قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المـتحدة للقانون التجاري الدولي بشأن التحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥ حـيث نـصت المادة ٢٨ منها (تفصل هيئة التحكيم بالنزاع وفقـاً لقواعد القانون المختار بين الأطراف باعتبار واجب التطبيق على موضوع النزاع) [٥].

---

(١).والتـي نصت في المادة ٢ و ٣ منها على حرية الأطراف باختيار القانون الذي سيحكم العقد مع إشارتها لضوابط معينة في ذلك.

(٢)د. عباس العبودي، مرجع سابق، ص ١٧٩.

(٣).نـصوص الاتفاقية منشورة في Revue Critique de droit inteunational prive ص ٨٧٥ وما بعدها.

(٤).المادة ٨ من الاتفاقية أشار إليها د. عادل أبو هشيمة – مرجع سابق، هامش ص ٦٨.

(٥) نصوص هذا القانون منشورة Revuede 1 arpitrage 1986. pp. 601-615.

وكـــذلك جاءت اتفاقية مكسيكو المبرمة بين الدول الأمريكية في عـــام ١٩٩٤ والخاصة بالقانون واجب التطبيق على العقود الدولية حيث نصت المادة السابعة على أن (يحكم العقد القانون المختار بين الأطراف...) [١].

وهـــذه الأحكـــام التي أتت بها اتفاقيات دولية تتوازى وتتساير مع أحكام التشريعات الوطنية في هذا الشأن فالمادة ١٩ من القانون المدني المـــصري تنص على (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التـــي يـــوجد بها الموطن المشترك للمتعاقدين. إذا اتحدا موطناً، فإن اخـــتلفا موطـــناً سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المـــتعاقدان أو يتبـــين مـــن الظـــروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد التطبيق) [٢].

وإذا كانـــت هـــذه القوانين النموذجية بها والوطنية قد أعملت اتفاق الطرفين و أعطته الأولوية في التطبيق إلا أنها في نفس الوقت عالجت حالة ما إذا كان ليس هناك اتفاق صريح على القانون الواجب التطبيق علـــى العقـــود الدولية فالمادة الرابعة من اتفاقية روما السابق الإشارة إليها في فقرتها الأولى جعلت القانون الذي يطبق على العقد هو قانون

---

(١) نـــصوص الاتفاقية منشورة في Revue Critique de droit internetinal prive, 1995 ص ١٧٣ وما بعدها.

(٢) تقابـــل المادة ١/٢٠ من القانون المدني الأردني والمادة ٦٢ من القانون الدولي الخاص التونـــسي الصادر في ١٩٩٨/١١/٢٧ والمادة ٢٩ من مشروع القانون المدني الفلسطيني، وأغلـــب قوانين التحكيم الصادرة في الوطن العربي منحت الأطراف حرية اختيار القانون المطبق على النزاع ألزمت محكمة للتحكيم بأعماله.

الدولـــة التـــي يرتبط بها العقد بأوثق الروابط[1]. طبعاً هذا كله إذا لم يتضمن نص صريح على القانون الواجب التطبيق ولم يستطع القاضي أو المحكـــم استظهار توجه إرادة الأطراف الضمنية إلى إعمال قانون معين على عقدهم وهو ما أكدت عليه لائحة مجلس الجماعة الأوروبية رقـــم ٢٠٠١/٤٤ المـــتعلقة بالاختصاص القضائي والاعتراف وتنفيذ الأحكـــام فـــي المسائل المدنية والتجارية والتي دخلت حيز التنفيذ في شـــهر مـــارس ٢٠٠٢ بقولها إذا لم تتوافر ضوابط سابقة (طبعاً إرادة صـــريحة أو ضمنية يمكن استنباطها) فإن الاختصاص ينعقد بمحكمة المكان الذي تم فيه أو الذي يجب أن يتم فيه تنفيذ الالتزام الأساسي في العقـــد، طبعاً مع ملاحظة أن الأمر يجب أن يتعلق بمكان واقع داخل الاتحاد الأوروبي[2].

والقانـــون الأوثـــق صلة بالرابطة التعاقدية قد حددته اتفاقية روما نفـــسها فـــي الفقرة الثانية من المادة الرابعة بقولها (يفترض أن للعقد الـــروابط الأكثـــر وثوقاً مع الدولة التي يوجد فيها لحظة إبرام العقد، محل الإقامة المعتاد للشخص الذي عليه القيام بالأداء المميز في العقد

---

(١).في تفاصيل هذه الاتفاقية يمكن مراجعة د. طرح البحور علي حسن فرج – تدويل العقد – دراســـة تحليلية على ضوء الاتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات الـــتعاقدية المـــوقعة فـــي رومـــا في= =١٩/يونيو ١٩٨٠ وتقديم د. هشام صادق منشأة المعـــارف، الإســـكندرية، ٢٠٠٠. وكذلك يمكن مراجعة أستاذنا د. احمد شرف الدين – عقود التجارة – مرجع سابق، ص ١٧٠-١٧٥.

(٢).يمكن مراجعة د. محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص ٩٥-٩٦. وكذلك يمكن مراجعة اللائحة نفسها على الموقع الالكتروني التالي:

أو إذا كـــان الأمر يتعلق بشركة أو جمعية أو شخص معنوي فمركز إدارته الرئيس)[1].

وبتطبـــيق ذلـــك على عقود الإعداد فلا خروج كثيراً عن القواعد العامـــة فـــي قضية تنازع القوانين فالواقع أنه إذا لم يتم تحديد الإرادة الـــصريحة أو الضمنية عبر استخدام سلطة القاضي، في استنباط هذه الإرادة مـــن الظروف المحيطة أو من صيغة العقد مثلاً... الخ. وهو مـــا يسمى مؤشرات توطين العقد أي وضعه في مكان يخضع لقانونه باعتـــباره الأنسب لحكم المنازعات المترتبة عليه، فيتم البحث بعد ذلك عن مكان الإبرام أو مكان التنفيذ أو تركيز العقد أي تطبيق قانون البلد الذي سينفذ فيه الجزء المركزي أو الجوهري[2]، هذا العقد ونلاحظ أن لا خـــروج في عقود الإعداد لبرامج الحاسب الآلي عن القواعد العامة فـــي القانون الدولي الخاص والتي تحكم تنازع القوانين لا بل ونلاحظ أكثر أن أغلب عقود الإعداد سواء النموذجية أو التي يسبقها مفاوضات دائمـــاً يتم فيها اختيار القانون الواجب التطبيق والجهة المختصة بفض المـــنازعات والتي غالباً ما تكون لجان تحكيم وحتى الإجراءات يكون منصوص عليها[3]

---

(١).يمكـــن مـــراجعة د. أحمـــد عـــبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص ١٩٩.

(٢).يمكـــن مراجعة د. هشام صادق، مرجع سابق، ص ٧٩٠ ود. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص ٢١٠، ود. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج٢، ط٩، الهيئة العربية للكتاب، القاهرة ١٩٨٦، ص ٤٤٠.

(٢).كمـــا أســـلفنا سابقاً عندما ناقشنا شروط العقود المتعارف عليها فإن هذه العقود غالباً ما تـــشمل شرط تحكيم ومعه يكون منصوص أن إجراءاته وفق الإجراءات المتبعة في غرفة التحكيم الدولية كذا وأن القانون الواجب التطبيق هو قانون كذا... الخ أنظر سابقاً ص.

الفرع الثاني

اتفاق الطرفين

بيـــنا في الفرع الأول من هذا المطلب كيف أن القوانين النموذجية والوطنـــية بخصوص العقود الدولية كلها قد احترمت إرادة الأطراف فـــي تطبـــيق قوانـــين معينة على عقودهم وكذلك في احترام إرادتهم بالخـــضوع لنظام قضائي معين أو إلى التحكيم واتفقنا أن أغلب عقود إعـــداد البرامج سواء النمطية أو العقود التي يسبقها مفاوضات وتكون علـــى شـــكل مقاولات إعداد عادة ما يتم إدراج بند خاص فيها حول القانـــون الذي يحكم العقد وسبل فض النزاع[1]. لا بل وأكثر من ذلك يكـــاد يكـــون هـــناك ظاهرة دولية لا يمكن إغفالها في ساحة التجارة الدولـــية وهـــي تفـــضيل رجال الأعمال الأجانب لمبادئ معهد روما "اليونـــيدروا) المـــتعلقة بعقود التجارة الدولية بوصفها القانون الواجب التطبيق على العقد وذلك لأنها سهلة وواضحة وذات لغة وأحكام مرنة خـــصوصاً أن رجـــال الأعمـــال هؤلاء دائماً وأبداً يشترطوا خضوع النزاع للتحكيم[2].

غير أن اختيار أطراف العقد لقانون معين قد لا يعمل به. وذلك لـــتعارض أحكامه مع النظام العام أو رعاية لاعتبارات اجتماعية أو منطقـــية مـــثل الحمايـــة التي يسبغها القانون على مستهلكين في بلد

---

(١).يمكـــن الرجوع إلى د. فاروق الحفناوي، موسوعة الكمبيوتر ونظم المعلومات، مرجع سابق، نماذج العقود، ص ١٠٧.

(٢).د. أبـــو العـــلا علـــي نمر، دراسة تحليلية لمبادئ معهد روما "اليونيدروا" المتعلقة بعقود الـــتجارة الدولـــية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٩٠ – ١٠٠. وكذلك نفس المؤلف، دور المستشار القانوني، مرجع سابق، ص ٩٢.

معين يحول دون تطبيقها اختيار قانون آخر لا يكفل مثل هذه الحماية خصوصاً إذ كنا أمام اختيار مصطنع لقانون معين الهدف منه التهرب فقط[1].

وهذا أيضاً نفس ما جاءت به اتفاقية روما في مادتها الخامسة حيث أوضحت الفقرة الثامنة منها أن اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق لا يعمل به إذا كان يحرم المستهلك من الحماية المقررة في القواعد الآمرة في قانون الدولة التي يقع فيها موطن الإقامة المعتاد للمستهلك، وذلك يعني أن القانون الواجب التطبيق في عقود البرامج إذا كان المنتج أمام مستهلك هو قانون الدولة التي يقع فيها محل الإقامة المعتاد للمستهلك وذلك إذا كانت قواعد حماية المستهلك في هذا القانون هي قواعد آمره[2].

ويلاحظ كذلك أن هذا المبدأ قد ورد في لائحة المجلس الأوروبي رقم ٢٠٠١/٤٤ والسابق الحديث عنها حيث قررت المادة ١٦ منها أنه لا يمكن رفع الدعوى على المستهلك إلا أمام محاكم الدولة العضو التي يوجد بها موطنه، أما أذا كان المستهلك هو المدعي فله الخيار بين رفع الدعوى أمام محكمة موطنه أو أمام محكمة الدولة العضو التي بها المدعى عليه وقد أوضحت المادة ١٧ من نفس

---

(١).أستاذنا د. أحمد شرف الدين، عقود التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص ١٨٤. ود. عادل أبو هشيمة حوته، عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص. مرجع سابق، ص ١٣٢.

(٢).د. محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، مرجع سابق، ص ٩٨. ويمكن مراجعة المادة ٥ من الاتفاقية، مشار إليها سابقاً. وكذلك د.شرف الدين، المرجع السابق، ص ١٨٤، وما بعدها.

اللائحـــة بطـــلان الشروط المحددة للاختصاص القضائي في العقد المبـــرم مع المستهلك. ولقد ذهبت بعض التشريعات المعاصرة إلى التعطـــيل الكلي لمبدأ أعمال إرادة الأطراف في اختيار قانون العقد مـــثل ذلـــك نص المادة الثانية من قانون حماية المستهلك المصري (حـــرية ممارسة النشاط الاقتصادي مكفولة للجميع ويحظر على أي شخص إبرام أي اتفاق أو ممارسة أي نشاط يكون من شأنه الإخلال بحقـــوق المـــستهلك الأساســـية وخاصة ... الحق في رفع الدعاوي القـــضائية عن كل ما من شأنه الإخلال بحقوقه أو الإضرار بها أو تقـــيدها...) والمادة ١٠ من نفس القانون (يقع باطلاً كل شرط يرد فـــي عقـــد أو وثـــيقة أو مستند أو غير ذلك مما يتعلق بالتعاقد مع مـــستهلك إذا كـــان من شأن هذا الشرط إعفاء مورد السلعة أو مقدم الخدمة من أي من التزاماته الواردة في هذا القانون).

وكـــذلك فعـــل المـــشرع الأمريكي في القانون الموحد لمعاملات المعلومات الحاسوبية في الولايات المتحدة الأمريكية لعام ١٩٩٩[1] Uniforin Computer information transactions 1999، فبعد أن أتاح للمتعاقدين اختيار القانون المطبق على عقدهما استثنى العقـــد الـــذي يعقد مع مستهلك بقوله (تخضع عقود الاستهلاك التي

---

(1) Wipo. Primer on electronic commerce and instinctual property issues. May/2000

دراســـة قامت بإعدادها الوايبو بعنوان دراسة مبدئية في التجارة الالكترونية ومسائل الملكية الفكـــرية فـــي ٢٠٠٠/٥ وهـــي مـــتاحة علـــى الموقـــع الالكترونـــي التالي: -wwwe commerce.Wipo.int

تستدعي تسليم نسخ مادية من البرامج لقانون المكان الذي يجب تسليمها فيه للمستهلك) [1].

وغير ذلك الكثير من التشريعات التي تصب في نفس الخانة بخصوص الحد من إرادة الأطراف، اختيار القانون المطبق على العقد إذا كان المتعاقد المهني أمام مستهلك منطلقة من فلسفة مفادها أن ترك الحرية لأطراف العقد في اختيار القانون الواجب التطبيق تفقد كل مبرراتها وأسباب وجودها إذا أدت إلى عدم التوازن بين مصالح الأطراف المتعارضة كأن تؤدي إلى الإجحاف بمصالح الطرف الضعيف[2].

وخلاصة القول في هذا السياق أنه رغم تنوع المصادر القانونية والمراكز العقدية فإنها في مجملها تتجه نحو تركيز عقد الإعداد إذا كان دولياً في مكان إقامة المستهلك عندما يكون هذا المستهلك طرفاً في العقد وذلك بخلاف عقد الإعداد إذا ما أبرم بين مهنيين أو أفراد عاملين بعضهم مع البعض حيث يعمل هنا مبدأ الحرية التعاقدية أي

---

(١) المادة ٢/١٨٧ نفس الحكم جاء في المادة ١٢٠ من القانون الفيدرالي السويسري لحماية المستهلك يمكن مراجعة د. عادل أبو هشيمة حوته، مرجع سابق، ص ١٢٢. والمادة ٦ فقرة ٢ من التوجيه الأوروبي رقم ٩٣/١٣ والسابق الإشارة إليه نصت على ضرورة أن تتخذ الدول الأعضاء الإجراءات اللازمة من أجل أن لا يحرم المستهلك من الحماية الموجودة في هذا التوجيه عند اختيار الأطراف لقانون دولة غير عضو ليطبق على عقدهم.

(٢) د. عادل أبو هشيمة ، مرجع سابق، في اقتباس عن الفقيه الألماني NEUHAUS، ص ١٢٠.

حـــرية الأطـــراف[1]، في اختيار القانون والقاضي دون خلاف مع قـــواعد الـــنظام العـــام ومن ثم وكما أسلفنا يتم إعمال قواعد تنازع القوانين إذا لم تتضح هذه الإرادة ولم يمكن استظهارها.

---

(1) Amelia H.Boss & Jeffrey B. Ritter, A legislative Response to the Issues of Software Contracting , Osborne McGraw –Hill, New York, 2end edition ,1996. p.124

الباب الثاني

آثار عقود إعداد البرامج الإلكترونية وانتهاءها

تمهيد وتقسيم :

بعد التعرف من خلال الباب الأول من هذه الأطروحة على التراضي المحل في عقود الإعداد وبعد محاولة تحليل الطبيعة القانونية لهذا العقد من خلال دراسة لبعض عقود الإعداد النموذجية ومحاولة تفسيرها عبر تحليل النظام القانوني المرافق لإبرام عقود برامج الحاسب الآلي. فإن بحثنا في هذا الباب سوف ينصرف إلى تحليل الآثار القانونية المترتبة على هذا التعاقد من خلال تحليل المشكلات الخاصة بتحديد الحقوق والالتزامات المترتبة على التعاقد.

إن مرحلة تنفيذ العقد يجب أن تتم طبقاً لما اشتمل عليه العقد وبطريقة تتفق مع ما يوجبه مبدأ حسن النية[1] وبما أن مرحلة التنفيذ هي المرحلة التي يلتزم فيها كل طرف في العقد تنفيذ ما التزم به فمن الضروري بمكان بيان هذه الالتزامات وتحديد نطاقها والآثار التي تترتب على الإخلال بها.

وعليه سوف يقسم هذا الباب إلى ثلاثة فصول نتحدث في الفصل الأول عن الالتزام بنقل الملكية على الرغم من أنه يدخل في نطاق التزامات الأطراف وبالذات التزامات المنتج أو المتعهد، ولكننا أفردنا له فصلاً مستقلاً لما له من خصوصية في مجال عقود الإعداد. أما في الفصل الثاني فسوف نبحث فيه التزامات الأطراف ونقصد التزامات أطراف عقد الإعداد سواء المستخدم (المستفيد) أو

---

(١). المادة ٤٨ مدني مصري (يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية)، تقابل المواد ٢٠٢ مدني أردني، و١/١٨١ مشروع فلسطيني.

المبرمج (منتج متعهد) كيفما اتفق والتي يفرضها العقد والقانون على كـــل منهما مع بحث في مسؤولية هؤلاء الأطراف عند الإخلال في هـــذه الالتزامات، ونختم هذا الباب بفصل نعالج فيه كيفية انتهاء هذه العقود سواء بالوسائل العادية للانتهاء أو بالوسائل غير العادية.

الفصل الأول

نقل الملكية

رغـــم أن الحديث عن نقل الملكية يندرج في بحث الحديث عن الآثـــار التـــي تنتج عن العقد وفي التزامات الأطراف تحديداً إلا أن الملكية في برامج الحاسب الآلي تتعلق بحقوق الملكية الفكرية ولهذا حرصنا عبر هذه الدراسة بتخصيص فصل كامل نعالج أحكامها فيه.

إن المبدأ العام في القانون المدني أن الملكية تنتقل بحكم العقد أي بمجرد تمامه[١] وعلى ذلك تنص المادة ١/١٩٩/ من القانون المدني الأردنـــي (لتثبـــيت حكم العقد في المعقود عليه وبدله بمجرد انعقاده دون توقـــف على القبض أو أي شيء آخر ما لم ينص القانون على غير ذلك.

ولهـــذا المـــبدأ استثناءات وهي في حالة كون المحل معيناً بالنوع فالمـــشرع المـــصري وأسوة بغيره من التشريعات المدنية نص في المـــادة ٢٠٥ من القانون المدني في الفترة الأولى (إذا ورد الالتزام بـــنقل حـــق عيني لم يعين إلا بنوعه فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء) [٢]، هذا إذا لم يقضي الاتفاق بتأجيل نقل الملكية إلى ما بعد إبرام العقد كما هو الحال في البيع الإيجاري[٣].

---

(١).راجع المادة ٢٠٤ مدني مصري والمادة ١/١٨٠ مشروع مدني فلسطيني.

(٢).تقابل المادة ١/٢٦٢ مشروع فلسطيني.

(٣).راجـــع المواد ٢/١/٤٣٠/ والمادة ٢/٢٢٤ مدني مصري، والمواد ٤٨٧ مدني أردني و ٤٦٦ مشروع فلسطيني.

ولكـــن إن قـــضية الملكية في عقود الإعداد تطرح تساؤلاً مهماً للغايـــة بالنـــسبة للعاملين في مجال تطوير وإعداد البرامج أياً كانوا مـــستثمرين أم مبـــرمجين أو رجال أعمال... الخ من عدة جوانب أبرزها أن استخدام مصطلح الملكية ذاته في عقود الإعداد يجب أن يـــتم بحـــذر شـــديد لـــتعلقه بأموال غير مادية (معنوية) فهل يبرز مـــصطلح الملكـــية بحـــد ذاته معنىً كافياً في نطاق الملكية الفكرية وبالتالـــي يجب فقط استخدام مصطلح الملكية عند حدثينا عن معدات عقـــود الإعـــداد مثل الجهاز نفسه أو ال Hard ware أو مكوناته والابتعاد عن البرامج كمصنفات أدبية والابتعاد بها عن مجال أعمال القـــواعد العامـــة في الملكية خصوصاً بعد جنوح أغلب دول العالم وعبـــر تشريعاتها الوطنية أو عبر معاهدات دولية إلى اعتبار برامج الحاسب من ضمن الأعمال الذهنية والأدبية التي يجب حمايتها عبر قوانين حماية حقوق المؤلف أو قوانين حقوق الطبع[1].

---

(١). يقابل حق المؤلف في دول الشريعة الانجلوساكسونية ما يعرف بحقوق النسخ أو الطبع "Copyrights" ويحكـــم هذا الموضوع في المملكة المتحدة قانون حقوق الطبع والتصاميم وبـــراءات الاختراع لعام ١٩٨٨ وتعديلاته في عام ١٩٩٥ حيث تضمن فيه حماية قانونية لبـــرامج الحاســـب الآلي. وبوجه عام هناك تشابه كبير في المبادئ العامة التي تحكم حق المؤلف في دول الشريعة اللاتينية وحقوق الطبع في دول الشريعة الانجلوساكسونية فالنتائج والحلـــول القانونية في كلا الشريعتين تتشابه الى حد بعيد الا ان هناك فارق أساسي يبقى بينهما حيث ان تركيز دول الشريعة الانجلوساكسونية يبقى على الحق المالي للمؤلف والتي تـــسميها economicny فـــي حين أن الدول اللاتينية تعني بحماية أكبر لشخص المؤلف وترى في الاعتداء على مؤلفة اعتداء عليه وأن حقوقه الأدبية لصيقة بشخصه لا تسقط ولا يمكـــن التنازل عنها. راجع في ذلك د. حسام لطفي – المرجع العلمي في الملكية الأدبية والفنـــية فـــي ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء – الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة

ونظـــراً لهذه الخصوصية والتشعبات المتعلقة في الموضوع وقبل الحـــديث عـــن جوانب الملكية الفكرية وكيفية التعامل بها إن لم نقل نقلهـــا أو بـــيعها (طـــبعاً يـــباع الحق المالي فقط) كما سنرى لاحقاً سنبحث في عجالة كيفية نقل الملكية في الأموال المادية عبر مبحث أول لـــيكون تمهـــيداً لنا في البحث في حقوق الملكية الفكرية وكيفية انتقالها في المبحث الثاني من هذا الفصل.

العالمـــية، القاهرة، ١٩٩٦، ص ١٣. وفي ملكية البرامج كمصنفات أدبية يمكن مراجعة المـــادة ١٣٨، ١٣٩، ١٤٠ -- القانون المصري الخاص بحماية حقوق الملكية الفكرية رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢. ونص المادة ٢ من قانون حماية حقوق المؤلف الأردني، رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٢. منـــشور بالجـــريدة الرسمية عدد ٣٨٢١ بتاريخ ٩٢/٥/١٦. والقرار التوجيهي الأوروبـــي رقـــم ٩١/١٣ في مادته رقم ٢ واتفاقية تربس السابق الإشارة إليها في المادة العاشرة والحادية عشرة والثانية عشرة منها.

المبحث الأول

الالتزام بنقل ملكية الأموال المادية

بينا فيما سبق أنه يجب عدم الخلط بين برنامج الكمبيوتر نفسه باعتباره كيان منطقي يمثل كافة العناصر غير المادية اللازمة للتعامل مع جهاز الحاسب والتي تكون تعليمات وأوامر مكتوبة بإحدى لغات البرمجة بقصد الوصول إلى نتيجة معينة والتي توجه إلى الكيان المادي وهو الكمبيوتر أو الحاسب نفسه وملحقاته من الأجهزة[1] المادية والتي من خلالها سيقوم البرنامج بتأدية وظائفه على أكمل وجه.

وبالتالي يجب عدم الخلط بين برامج الكمبيوتر نفسها باعتبارها أشياء غير مادية والأجهزة التي تعمل عليها Hardware باعتبارها كيان مادي محسوس.

هذا بالإضافة إلى ملاحظة مهمة جداً وهي أننا يجب أن لا نخلط فيما بين البرنامج وبين الوسيط المادي الذي أفرغ فيه البرنامج " Material Object"[2] والذي يشكل الوعاء الذي خزن أو حمل أو

---

(١).د. شحاته غريب شلقامي، الحق الأدبي لمؤلف برنامج الحاسب الآلي، دار النهضة العربية – القاهرة، ٢٠٠٤، ص ١٨. د. خالد حمدي عبد الرحمن، مرجع سابق، ص ١٥٥، ود. محمد حسام لطفي، مرجع سابق، ص ١٦.

(٢) حيث يورد الدكتور فليب ارمور أن القضاء والفقه في الولايات المتحدة لا يرى في برامج الحاسب الآلي منتج بالمفهوم التقليدي للمنتج .The Laws of Software P.R Phillip G .Armour ،Process

(الفصل الرابع٢٠٣ p natural of software development)

ثـبت فـيه البـرنامج، سواء كان هذا الوعاء ورق عادي[1]، أو تم تحـويله من معادلات على ورق عادي الى صورة يستطيع الجهاز قـراءتها والتفاعل معها عبر إفراغه بلغة يفهمها الجهاز عن وسيط مادي بلغة يفهمها الكمبيوتر إلى ذاكرة الكمبيوتر نفسه[2].

---

(١).وهـو ببساطة البرنامج في صورته الأصلية أي في صورته الأولى كما كتب بها أول مـرة بإحدى اللغات التي تكتب بها البرامج عادة لذلك يطلق عليه البعض The source code أو أصـل البـرنامج ويطلـق علـيه أيضاً الصورة القابلة للقراءة آدمياً Human readable form وهـذا لا يـسلم لأحد ولا يسمح لأحد بالاطلاع عليه ولا يعطى العميل نـسخة منه، وذلك لأهميته وسريته وعادة ما يتكون من معادلات رياضية وخوارزميات. وللتبـسيط أكثـر نقول مثلاً إن الخوارزمية التالية (٩٨٢٤٥٤٩٥٩٤٨٣) هي رمز عندما يكـتب البـرنامج على ورقة في نسخته الأولى يظهر من خلالها كلمة "Microsoft" التي تظهر لنا على الشاشة عند بداية تشغيل برامج النوافذ Windows التي تعمل على نظام " IBM" يمكن مراجعة:

Prof.. Eben moglen. Software as property the theoretical paradox E-mail//mailto: moglen@Columbia.edu p.2.3. وكذلك يمكن مراجعة د. فاروق الحفناوي، قانون البرمجيات، مرجع سابق، ص ٨٦-٨٨. ود. خالد عبد الرحمن، مرجع سابق، ١٣٠-١٣١.

(٢).تسمى هذه العملية برنامج الهدف The object code وتكون عبر تحويل المعادلات إلى صـورة يفهمهـا جهاز الكمبيوتر ويتعامل معها ويطلق عليها الصورة القابلة للقراءة عن طـريق الآلـة Machine readable form. وهي النسخة التي تحمل فعلاً على جهاز الكمبيوتـر أو تحفـظ على وسيط مادي مثل ال CD على شكل برنامج نضعه في جهاز الكمبيوتر ليقوم عبره بوظائف معينة وهو في الغالب الشائع ما يكون محل التعاقد في عقد الإعداد/ راجع في ذلك المراجع المشار إليها أعلاه وكذلك د. حسن جميعي، مرجع سابق، ص ٦٠-٧٢. ود. عـزة خليل، مرجع سابق، ص ٣١-٣٣ .وكذلك انظر: Stephen Fishman ,Legal Guide to Web & Software Development ,p215 .

وللتفـــرقة ما بين البرنامج وشكله المادي أهمية كبيرة تتجسد في أن الـــصورة الـــشائعة لـــتداول البرامج إنما تكون عبر الترخيص بالاستعمال والذي يشكل إذناً من المؤلف أو صاحب الحق للمستخدم (المرخص له) باستخدام البرنامج في حدود الشروط الواردة في عقد التـــرخيص أو عقد الإعداد، وفي هذه الصورة لا يشتري المرخص لـــه إلا الوعاء المادي الذي يحتوي البرنامج أما البرنامج عينه فإنما يرخص له فقط باستعماله في الحدود المتفق عليها أو المقررة قانوناً وبالتالـــي يكـــون مـــا يدفعه المستخدم هو مقابل استخدام البرنامج بالإضافة إلى ثمن الوعاء المادي[1].

هـــذا مـــن ناحية أما من ناحية أخرى فإنه يترتب على التفرقة ما بـــين الأجهـــزة ومعـــداتها ومـــستلزمات البرامج كأدوات تحميلها والبـــرامج نفسها نتائج قانونية بالغة الأهمية، فكل منها يخضع لنظام قانوني مختلف تماماً عن الآخر وذلك بسبب الاختلاف الذي يواكب طبيعة كل منها.

ونظـــراً لهذا الاختلاف سوف نبحث في هذا المبحث قضية انتقال ملكية الأجهزة ومستلزماتها وأوعية البرامج عبر مطلبين نبحث في المطلـــب الأول انـــتقال الأموال المعنية بالذات وفي المطلب الثاني انـــتقال الأمـــوال المعنية بالنوع، وذلك كله تمهيداً لبحثنا في ملكية

---

(١).د، خالـــد حمـــدي عـــبد الرحمن، مرجع سابق، ص ١٥٥، د. علاء الدين فهمي وآخرون، موسوعة دلتا كمبيوتر ٤، مرجع سابق، ص ٢٦، و د. حسن جميعي ص ٦٧-٦٨. د. عزة خليل، ص ٣٣، ود. فاروق الحفناوي، ص ٨٤-٨٥.

البرامج وكيفية انتقالها في ضوء قوانين الملكية الفكرية في المبحث الذي يليه.

المطلب الأول

الأموال المعينة بالذات

على الرغم أن موضوعنا الأساسي هو التعاقد على برامج الحاسب وليس على الأجهزة أو ملحقاتها إلا أن الدافع فيما وراء إدراج هذه الأشياء كأموال يجوز التعاقد عليها في عقد الإعداد كان هو العقد المشهور في مجال البرامج والذي يطلق عليه اسم نظم المعلومات المتكاملة أو Turnky systems[1] والذي نلاحظ فيه شموله على العديد من العناصر مثل أجهزة الكمبيوتر والبرامج والخدمات الأخرى مثل التصميم والتركيب Installation والتشغيل والصيانة إلخ.. والذي لا بد من تضافر جهود وخبرات متعددة للقيام بمثل هذه المشروعات والتي يصل وقت تنفيذها في بعض الأحيان لعدة سنوات وتكلف مبالغ طائلة.

وعودة على بيان مفهوم الأجهزة والمعدات كأموال من الممكن التعاقد على بيعها في ضوء نظم المعلومات المتكاملة أن الرأي

---

(١). سبب التسمية لأنه في نهاية هذا المشروع يتسلم المستخدم مشروعاً كاملاً متكاملاً وما عليه إلا بدء العمل وقد أطلق عليه البعض اسم Systems Integration – نظام متكامل على إعتبار أن التكامل هو أهم مكونات هذه النظم وتسمى الشركات العاملة في هذا المجال system providenr- ويسميها البعض عقود تسليم المفتاح، أنظر في الطبيعة القانونية لعقود تسليم المفتاح ، د.حسن جميعي مرجع سابق ص٩٥ وفاروق الحفاوي عقود الكمبيوتر ج٢ مرجع سابق ص ١٤-١٥. ومعجم الكيلاني لمصطلحات الحاسب الآلي مرجع سابق ص٢٤٠.

السائد في الفقه يعتبر عقود نظم المعلومات المتكاملة من عقود المقاولة[1]، وهذا ما يجعل الأمر يسيراً بالنسبة للمستخدم بحيث أن عقود المقاولة في مجال الإعداد تتميز بوجود مدين واحد [مقاول واحد] يلتزم بتوريد النظام المتكامل ويقع عليه عبء التنسيق والإشراف على مقاولي الباطن إن وجدوا وهو من يتحمل المسؤولية القانونية أمام المستخدم بحيث أن التزامه هو كل متكامل على الرغم من احتواء المشروع محل التعاقد على مكونات وعناصر متباينة لكنها لا تقبل التجزئة فهذا العقد يفترض مسؤولية المقاول عنها في مجموعها.

ومن أهم البنود في هذه العقود وهو البند الذي دفع بنا إلى مناقشة قضية الأجهزة وملحقاتها هو بند غالباً ما نجده فيها، وهو البند الذي يتحدث عن ملكية الأجهزة والذي دائماً ما يرد على النحو التالي (تنتقل إلى المستخدم أو العميل أو الطرف الأول أو الثاني حسب مسماه في العقد)، ملكية الأجهزة بمجرد قيامه بسداد القيمة المستحقة عنها كاملة (أو بمجرد قبوله وكيفما اتفق) أما البرامج فتظل مملوكة

---

(١). د. جمال عبدالرحمن علي-مرجع سابق ص٣٣ وما بعدهاو د. السيد محمد عمران مرجع سابق ص ٥٥ وما بعدها ود. انور أحمد الفزيع -عقد المشورة في مجال الحصول على أنظمة حاسبات آلية- مجلة الحقوق جامعة الكويت ١٩٩٤ع٢ ص١٢٦ وما بعدها، د.عزة خليل-مرجع سابق ص ٤٦-٤٧، ود. حسن جميعي مرجع سابق ص ٨٠-٩٧.

للمقـــاول (الجهـــة المالكة حسب التسمية)، ويرخص فقط للمستخدم باستعمالها وفق الغرض الذي أعدت من أجله[1].

ومـــثل هـــذه الـــشروط تقودنا إلى البحث في كيفية انتقال الملكية بالنسبة لهذه الأجهزة وهي ملكية عادية يحكمها القانون المدني على عكس ملكية البرامج التي تحكمها قوانين الملكية الفكرية.

وبمـــا أن هـــذه الأجهزة وملحقاتها تعتبر من الأشياء المادية فهي بالتالـــي يمكن أن تكون معينة بالذات ويمكن أن تكون معينة بالنوع، فـــإن كانـــت معيـــنة بالذات وكنا أمام عقد مقاولة فإننا نطبق عليها الأحكام العامة في عقد المقاولة.

إن ملكـــية الـــشيء محل عقد المقاولة تظل للمقاول طالما أنه لم ينتهـــي من تصنيعه[2]، أما إذا تم الانتهاء من الاستصناع أو التجهيز فالفقهـــاء على خلاف حول موعد انتقال ملكية الشيء هل هو تاريخ الانـــتهاء من صنع الشيء محل عقد المقاولة أم هو تاريخ قبول رب العمـــل لهذا الشيء[3]، وفي عقود الإعداد نعتقد أن ملكية هذا الشيء

---

(١). يمكـــن مراجعة فاروق الحفناوي/عقود الكمبيوتر ج٢، مرجع سابق ص٢٨، اتفاقية تنفيذ نظام معلوماتي متكامل وكذلك يمكن مراجعة د. حسن جميعي مرجع سابق ص ١٠٢ وما بعدها، وعقود الـــ IBM مرجع سابق ص١٩٥.

(٢). راجع المواد ٦٤٦-٦٥٥و٦٥٦و٦٦٥مدني مصري وهي تقابل المواد ٧٨٠و٧٩٢و ٧٩٣ مدني أردني والمواد ٨٠٠و٨١٢و٨٢٦مدني فلسطيني.

(٣). د/محمـــد لبـــيب شنب-مرجع سابق ص ٤٠-٥١ و د. أحمد عبد العال أبو قرين- المـــسؤولية العقديـــة للمقاول والمهندس المعماري عن مضمونها، وصورها وحدودها مع الضمان القانوني- دون ناشر-ط١-=القاهرة ٢٠٠١ ص ٥٢ وما بعدها، المستشار فتيحة قـــرة، أحكام عقد المقاولة، منشأة المعارف الإسكندرية ١٩٩٢ ص ١٣٦ وما بعدها، ود. السنهوري/الوسيط مرجع سابق، المجلد ٧ ج١ ص١٦ وما بعدها.

تنـــتقل من تاريخ قبول رب العمل "المستخدم:" للجهاز فنحن قد رأينا كيفية ارتباط هذه العقود بما يسمى اختبارات القبول وحق المستخدم دائمـــاً فـــي رفض القبول لأسباب وجيهة وحق المتعهد في مثل هذه العقود بالحصول على وقت إضافي كما بينا سابقاً.

أمـــا إذا كنا أمام عقد بيع للأجهزة وملحقاتها وكانت هذه الأجهزة ســـواء عبر نظام العقد المتكامل أم عبر عقود إعداد برامج حاسب إلكتروني قد تم الاتفاق في شق منها على بيع معدات بمواصفات كذا وفـــق بـــيان بالأنواع والصفات والحجم أو أن نكون أمام صفقة بيع للأجهـــزة فقط والمقصود هنا أن الشق الرئيسي للصفقة عبارة عن أجهزة كمبيوتر فقط والتي تشمل في الغالب برامج التشغيل الرئيسية operating systems [حيث تعتبر في التعامل التجاري وليس في الحكم القانوني] جزء من الجهاز[1]، ففي هذه الحالة إذا كانت معينة بـــذاتها فنطـــبق علـــيها أحكـــام القانون المدني بالنسبة لنقل الملكية وبالنـــسبة لتـــسليم أيضاً هذا إذا لم يتفق أطراف العقد على مكان او شـــيء آخـــر، فبالنـــسبة لنقل الملكية تنص المادة ٢٤٠ من القانون المدنـــي المـــصري على (١-الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينتقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالـــذات يملكه الملتزم..)[2] وبخصوص التسليم فتنص المادة ٣٤٧ مـــن القانـــون المدني المصري على (١-إذا كان محل الالتزام شيئاً

---

(١). تـــوم فورســـتر "مجتمع التقنية العالمية" ترجمة د. محمد كامل عبد العزيز- مركز الكتب الأردني ١٩٩٩ ص٣٥.

(٢). تقابل المادة ١٩٩ مدني أردني و ٢٦١ مشروع مدني فلسطيني.

معيناً بالذات في المكان الذي كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك..)[1].

على أننا نلاحظ في قضية بيع الأجهزة أنها دائماً ما يرافقها اتفاقات أو ملاحق بخصوص مكان التسليم، وعادة ما يتفق الأطراف على أن نقل ملكيتها تكون عبر طرق معينة غير التي نص عليها القانون كما لو اتفقا على أن التسليم سيكون في مكان إعداد الأجهزة أو المصنع أو أن الملكية لا تنتقل إلا بعد إجراء اختبارات القبول وموافقة المستفيد، أو أن يشترط المبرمج أو المتعهد أن يكون نقل الملكية موقوفاً على استيفاء الثمن[2].

وقد أشار المشروع الفلسطيني إلى نقطة جوهرية يمكن تطبيقها على عقود الإعداد عندما نص في المادة ٤٩٩ [إذا كانت طبيعة المبيع تتطلب تسليم وثائق ملكيته طبقاً للقانون أو العرف الجاري وجب على البائع تسليمها للمشتري)[3]، وأكيد أن بيع أجهزة أو تصميمها دائماً ما يرافقه وثائق ومستندات بخصوص ملكيتها وتصنيعها وإمكانياتها ومواصفاتها..الخ، فيجب تسليمها كذلك مع هذه الأجهزة وملحقاتها كتوابع لها اقتضى القانون نقل ملكيتها وتسليمها مع المبيع.

---

(١). تقابل المادة ٣٣٦ مدني أردني والمادة ٥٠٥ مشروع فلسطيني.

(٢). راجع المادة ٤٣٠ مدني مصري والمادة ٤٨٧ مدني أردني و ٤٩٦ مشروع فلسطيني.

(٣). أشار المشروع المصري إلى ذلك ولكن بصورة أكثر تعميماً في المادة ٤٣٢ [تشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع وكل ما أعد دائمة لاستعمال هذا الشيء وذلك طبقاً لما تقضي به طبيعة الأشياء وعرف الجهة و قصد المتعاقدين] تقابل المادة ٤٩٠ مدني أردني.

المطلب الثاني

الأموال المعينة بالنوع

يـتعاقد المستخدم كما أسلفنا على أجهزة ومعدات لأغراض عمل البرامج التي هي صلب وجوهر تعاقده الأصلي لتكون هذه الأجهزة والمعـدات الحيـز الـذي ستعمل به البرامج التي تم التعاقد عليها، وسواء كانت طبيعة العقد هو نظام معلوماتي متكامل "مقاولة أجهزة وبـرامج، أم كانت برامج فقط وسيقوم المستخدم بشراء الأجهزة أو سـيقوم منتج البرامج ببيع أجهزة تصلح لبرامجه للمستخدم[1]. فإننا يمكن أن نكون أمام أموال معينة بالنوع (مثليات) حيث يرى الفقه[2] أن الأجهـزة وحتى البرامج التطبيقية التي يوجد مثلها في الأسواق آلاف مـن النـسخ والتـي تحمـل نفس المواصفات ونفس العلامة التجارية تعتبر من الأشياء المعينة بالنوع.

ومعنـى ذلـك بمـوجب القانون المدني المصري أن ملكية هذه المعـدات لا تنـتقل مـع إبرام العقد بل لا بد من الإفراز بحيث لا يـستطيع المـستفيد "المـشتري" أن يتصرف في هذه الأجهزة قبل إفـرازها وهو ما جاءت به المادة ٢٠٥ في فقرتها الأولى من نفس القانـون (١-إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء)[3].

---

(١). كما يجري عليه العمل في عقود الـ IBM مثلاً.

(٢). د/حسن جميعي/مرجع سابق/ ص٧ و د/ نوري خاطر-مرجع سابق ص ١٢٤.

(٣). وكـذلك جـاءت في المادة ٩٣٣ من القانون المدني المصري في هذا المعنى وهي تقابل المواد ١١٤٧ مدني أردني و ٢٦٢ مشروع مدني فلسطيني.

ولأن موضـــوعنا الأســـاس ليس الأجهزة وتوابعها بل البرامج فإننا سنكتفي في قضية الأجهزة والمعدات المعينة بالنوع إلى الإشارة إلى بعض النقاط المهمة التي تعتريها وهي:

أولاً: بالنسبة لقضية الإفراز في الأجهزة وتطبيقاً للقواعد العامة في القانون المدني بخصوص انتقال ملكيتها فماذا يمنع أن تنتقل الملكية بمجـــرد تمام العقد بحيث يستطيع المستخدم التصرف بها بناءً على عقده السابق خصوصاً إذا كان تاجراً أو مورداً يحترف هذا المجال ويـــدعم هذا التوجه أنه وبموجب المادة ٢٠٥/فقرة ٢/مدني مصري أنـــه إذا امتنع المدين عن الإفراز مثلاً يستطيع الدائن الحصول على الـــشيء ذاتـــه وعلى نفقة المدين وكذلك يستطيع الإفراز على نفقة المدين[١].

ثانـــياً: إذا كانـــت هذه المعدات سيتم بناءها أو إعدادها في المستقبل فالقاعدة في هذا المجال أن العقد لا ينعقد إذا كان الشيء محل العقد غيـــر موجود أو محقق الوجود في المستقبل كما بينا عند حديثنا عن المحل وهذا يقود إلى تساءل حول كيفية الإفراز ومتى تنتقل الملكية هل عند وجود هذه المعدات أم عند التوقيع على العقد فقد اتضح لنا ســـابقاً أن الفقهاء على خلاف في هذه النقطة بين تاريخ الانتهاء من صنع الشيء أم تاريخ قبول رب العمل لهذا الشيء[٢].

---

(١). راجع المادة ٢/٢٦٢ من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

(٢). د/الـــسنهوري-الوسيط-مرجع سابق/المجلد السابع ج ١ ص ٩١ وما بعدها د/محمد لبيب شنب-مرجع سابق ص ١٠٢ وما بعدها.

ولا نجد نص في القانون المدني المصري يحدد وقت انتقال الملكية في مثل هذه الحالات ولكن وفقاً للمادة ٦٦٥ منه فإن محل المقاولة إذا هلك بعد التسليم أو بعد أعذار رب العمل بوجوب تسليم المحل فإن الذي يتحمل تبعة الهلاك هو رب العمل ويفهم من ذلك أيضاً أنه قبل التسليم يكون المقاول هو المسؤول عن المواد وبالتالي سلامتها سواء هو من قام بتقديم هذه المواد أو كان رب العمل هو الذي قدمها[١]، وهذا يعزز قضية أن الإفراز غير ذي جدوى في مثل هذه العقود، ونرى الرجوع الى اتفاق الأطراف فإن لم يكن فالرجوع إلى العرف وطبيعة وأصول المهنة والظروف المحيطة بالإعداد والتسليم خصوصاً وأن إعداد هذه العقود يتطلب في بعض الأحيان أوقات طويلة[٢].

ثالثاً : تنص المادة ٤٣٠ مدني مصري أنه إذا كان البيع مؤجل الثمن جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع.

وهذا النص ينطبق على عقود البيع كما يمكن أن ينطبق على عقود الاستصناع والمقاولات وخصوصاً في عقود الأجهزة والتي يمكن أن يتم بيعها على التقسيط فيمكن بالتالي للمورد أو المنتج "أيا كان الطرف المقابل للمستخدم ان يشترط أن التنازل عن ملكيتها لا يكون إلا مع وفاء القسط الأخير وهذا متاح له وفق القواعد العامة وهذا أيضاً ما هو معمول به في الواقع العملي وهذا أيضاً مما يدعم

---

(١). تقابل المادة ٧٩٢ مدني أردني والمادة ٨١٢ مشروع مدني فلسطيني.

(٢). تقابل المادة ١/٤٨٧ مدني أردني و ١/٤٩٦ مشروع مدني فلسطيني.

وجهة نظرنا في كون قضية الإفراز وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني بكونها طريقة انتقال ملكية المثليات ليست هي الطريقة المثلى في عقود الأجهزة والمعدات لخصوصيتها وكذلك لظروف صناعتها أو تواجدها في الأسواق أو لأسعارها المرتفعة في بعض الأحيان أو لكونها محل عقد مقاولة في أحيان أخرى أو لاقتران بيعها والتعامل عليها بوثائق رسمية في أحيان كثيرة.

وبالتالي نلاحظ أن جهاز الكمبيوتر أو الطابعة أو حتى الـ CD ما هي إلا وسائط مادية تعمل البرامج من خلالها أو يتم نقل البرامج عبرها، أو يعبر البرنامج عن الوظيفة أو الغرض الذي أعد من اجله بواسطتها وهي يمكن أن تكون محلاً لعقد البيع أو المقاولة[1] أو لأي عقد آخر وينطبق عليها النظام الخاص بانتقال الأموال المنقولة على عكس ما تحويه في ثناياها من إبداعات الفكر الإنساني الذي جاء على شكل أموال معنوية تسمى برامج الحاسب الآلي والتي كانت نتاج قريحة وإبداع الفكر الإنساني والتي تقع عليها التصرفات القانونية وفق نظام قانوني مختلف كلياً عن هذه الأوعية اوالوسائط المادية، وهو الذي سنبحثه في المبحث التالي.

---

(١) . د/حسن جميعي- مرجع سابق ص ٤٠ و د/عزة خليل مرجع سابق ص ٤٥، ود/محمد حسين منصور مرجع سابق ص ٣٠-٣٦.

المبحث الثاني

حقوق الملكية الفكرية وانتقال الملكية

تعتبـــر برامج الحاسب الآلي نتاج الفكر الإنساني ولهذا فقد اتفق على أن يتم التعامل عليها بطرق قانونية مختلفة كما أسلفنا عن تلك الطـــرق التي تحكم التصرفات على الأشياء المادية، وفي هذا تنص المـــادة ٨٦ من القانون المدني المصري على أن [الحقوق التي ترد على شيء غير مادي تنظمها قوانين خاصة].[١]

وقـــد حسمت هذه القوانين الخاصة التي تحدث عنها المشرع في القانـــون المدني الخلاف الفقهي الذي كان دائراً حول ماهية الحقوق الـــواردة علـــى برامج الحاسب الآلي وفي أي خانة يجب تصنيفها وذلـــك عبر نصه صراحة باعتبار الحق الوارد على برامج الحاسب من الحقوق العينية وذلك عبر اعتبار البرنامج من المصنفات الأدبية التـــي تـــرد علـــيها الملكية المعنوية[٢]، وحقوق الملكية الفكرية أو المعـــنوية هو اصطلاح يطلق على مجموعة من الحقوق التي تكفلها القوانين الوطنية والاتفاقات الدولية للمؤلفين والمخترعين وأصحاب

---

(١). تقابل المادة ٧١ من القانون المدني الأردني [١- الحقوق المعنوية هي التي ترد على شـــيء غيـــر مـــادي ويتبع في شأن حقوق المؤلف والمخترع والفنان والعلامات التجارية وسائر الحقوق المعنوية الأخرى أحكام القوانين الخاصة] ولم نجد لهما مقابل في المشروع الفلسطيني لذلك نحث المشروع على إدراج مادة في هذا المعنى في المشروع.

(٢). راجـــع المادة ٢ من قانون حق المؤلف الأردني رقم ١٩٩٢/٢٢و المعدل بالقانون رقم ١٩٩٩/٢٩ وأنظر كذلك المادة ١٤٠ و١٤٣ و١٤٤ من قانون حق المؤلف المصري رقـــم ٢٠٠٢/٨٢ وأنظر المواد ١٠،١١،١٢ من إتفاقية تربس.ويمكن مراجعة Amelia H. Boss , P.R , p 196 .

الإبـــداعات الذهنية المختلفة توفر لهم حماية قانونية ضد اعتداءات الغير على إنتاجهم الفكري، وتتضمن هذه الحقوق أموراً عدة أهمها نسبة الإنتاج الفكري إلى صاحبه وحقه في الاستفادة من هذا الإنتاج مادياً أو تجارياً[١].

وعلـــى ذلك فإن هذه البرامج يتم التعامل عليها بنفس الطرق التي تـــم تقريـــرها عبر التشريعات للتعامل على الملكيات الأدبية والفنية الأخرى، فيمكن أن يتم التعاقد على أساس القواعد القانونية المقررة بالنسبة لبراءات الاختراع أو حق المؤلف[٢] والعلامات التجارية أو الرســـوم والنماذج الصناعية.. الخ إلا أن نطاق ومدى وشروط هذا التعاقد يتداخل أو يختلف أحياناً وذلك تبعاً لعدة عوامل أهمها طبيعة البـــرامج وهل هو عمل مشترك أو عمل فردي أم عمل جماعي[٣]. وثانيها اختلاف الأنظمة القانونية التي تحكم كل مسمى من مسميات الملكـــية المعنوية فقد تتفاوت فاعلية هذه الأنظمة في منح امتيازات للمختـــرع أو المؤلـــف وذلك تبعاً لمراحل إعداد البرنامج أو طريقة إعـــداده أو تسويقه أو إنتاجه أو تطويره مثلاً فقد يكون التعاقد عبر نصوص قانونية تخضع لنظام معين أفضل لأحد الطرفين في مرحلة مـــن هـــذه المراحل وذلك على الرغم أن المشرع الوطني والدولي

---

(١) . د/شـــحاته غـــريب شلقامي-مرجع سابق ص٢١، د. خالد مصطفى فهمي-مرجع ســـابق ص٨٦ و د/محمد حسام لطفي والمرجع العلمي في الملكية الأدبية والفنية -مرجع سابق ٤٥.

(٢). د. فاروق الحفناوي- مرجع سابق، قانون البرمجيات- ص ٦٣.

(٣) . سنوضـــح لاحقـــاً ماهية الفرق بين كون البرنامج نتاج بجهد فردي أو جماعي أو مشترك وذلك في المطلب الأول من هذا المبحث.

حسم الخلاف حول التصنيف القانوني لبرامج الحاسب وأخضعها للحماية بموجب قوانين حق المؤلف[1] وهو بالتالي قد اعتبرها مؤلفات أدبية تحديداً تخضع في التصرفات التي ترد عليها لقوانين حق المؤلف، فقد نصت المادة العاشرة من اتفاقية تربس في فقرتها الأولى على اعتبار برامج الكمبيوتر مصنفات أدبية LITERARY work سواء كانت برامج مصدر أو برامج هدف للحماية بموجب قوانين حقوق المؤلف (حقوق الطبع في الدول الانجلوساكسونية)، وبذلك اعترفت ١٢٥ دولة قامت بالتوقيع على هذه الاتفاقية بانسحاب أحكام قوانين حق المؤلف على برامج الكمبيوتر[2].

ولمحاولة إيجاد حلول عملية وقانونية لقضية التداخل والاختلاف في انطباق تصنيفات الملكية الفكرية على البرامج سنبحث، وعبر المطلبين التاليين التنازل عن البرنامج في ضوء قوانين حق المؤلف

---

(١) . راجع المواد ١٤٠ من قانون حق المؤلف المصري والمادة ٢ من قانون حق المؤلف الأردني والمادة ١٣١ من قانون الملكية الفكرية الفرنسي لعام ١٩٩٢ والقرار التوجيهي الأوروبي رقم ٩١/٢٥٠ والصادر في ١٩٩١/٥/١٤ والمسمى بـ
uncil directive (EC) No 91/250/of 14 May 1991on the legal protection of computer programs

(1) "prof – Eben Moglen –software as property the theoretical pardox-Email-Moglen@columbia edu.3-4

=

ويمكن مراجعة د. سعد محمد سعد ورقة عمل بعنوان حماية برامج الحاسب بتشريعات حقوق المؤلف مقدمة للمؤتمر العلمي الأول للملكية الفكرية في جامعة اليرموك – الاردن . منشورات جامعة اليرموك حول المؤتمر اغسطس ٢٠٠٠-ص ١٠٦ .

والتـــنازل عن حقوق الاختراع وكل ذلك طبعاً كأثر من آثار عقود الإعداد وهو نقل الملكية.

المطلب الأول

التنازل عن البرنامج وفقاً لقوانين حق المؤلف

مـــن دراســـتنا لنصوص قانون حق المؤلف المصري والأردني ولنـــصوص المعاهـــدات والاتفاقيات الدولية والتوجيهات الأوروبية ولآراء الفقه [1] وأحكام القضاء[2] اتضح لنا أن برامج الحاسب الآلي مـــا هي إلا إحدى المبتكرات الذهنية التي تندرج تحت تشريع قانون حماية حق المؤلف.

أمـــا حـــق المؤلف فيتمحور في ذلك الحق الذي يثبت لكل مؤلف علـــى مصنفه الفكري الذي نتج عن فكره وذهنه سواء أكان مصنفاً علمياً أو أدبياً أو فنياً وأياً كانت وسيلة التعبير عنه بالكتابة أو النحت

---

(١).د. حـسام لطفـــي- الحمايـــة القانونية لبرامج الحاسب الآلي- دار الثقافة- القاهرة ١٩٨٧ ص ١٥٣-٢٠٩، د. عزة خليل – مرجع سابق ص ٤١-٤٢، د. حسن جميعي – مرجع سابق ٤٧-٥٠.

(٢).. يمكـــن مـــراجعة توجه المحاكم الانجليزية والأمريكية في اعتبار أي إعتداء على برنامج حاسب يشكل إعتداء على حق المؤلف في
Computer law lssociation.v14n4 1999.p143 في أحكام للمحكمة العليا الأمريكية ترجمها د. فاروق الحفناوي- قانون البرمجيات مرجع سابق ص ٢٣٩-٢٤٠ كذلك يمكن مـــراجعة د. برنارد أ.جالر – الملكية الفكرية وبرامج الحاسبات- مرجع سابق- ص٢٣-٤٠، حيث أورد عشرين صفحة عن أحكام المحاكم العليافي الولايات المتحدة والتي تعتبر أن البرامج محمية بموجب قوانين حقوق الطبع (المؤلف).

أو التصوير أو الرسم أو الصورة أو غير ذلك من الصور التي تعتبر عن نتاج الذهن أو الفكر[1].

أما بخصوص المؤلف نفسه فلم تجري عادة التشريعات على تعريفه رغم أن المشرع المصري في المادة رقم ١٣٨ الفقرة الثالثة من قانون رقم ٨٢/ لسنة ٢٠٠٢ بخصوص حماية حقوق الملكية الفكرية قد أوضح أن المقصود بالمؤلف الشخص الذي يبتكر المصنف ويكون نتيجة جهوده وإبداعه الذهني أياً كان نوع هذا المصنف وأياً كانت طريقة التعبير عنه.

وأغلب التشريعات تنص على ثبوت صفة المؤلف للشخص الذي نشر المصنف منسوباً إليه كأن يذكر اسمه على المصنف أو بأي طريقة أخرى[2].

وقد عرف بعض الفقه المؤلف بأنه كل ما ينتج إنتاجاً ذهنياً أو خلقاً فكرياً أياً كان نوعه أو طريقة التعبير عنه مادام هذا الإنتاج ينطوي على قدر معين من الابتكار[3].

---

(١) . . شحاته غريب شلقامي- مرجع سابق ص ٢٣.

(٢)محمد حسام لطفي – المرجع العلمي في الملكية الأدبية والفنية- مرجع سابق ص ٢٤ -٢٨ ويمكن مراجعة المادة ٤/ من قانون حق المؤلف الاردني، بخصوص حق المؤلف والتي نصت على أن المؤلف هو الشخص الذي ينشر المصنف منسوباً إليه سواء كان ذلك بذكر اسمه على المصنف أو بأي طريقة أخرى، إلا اذا قام الدليل على غير ذلك ويسري الحكم على الاسم المستعار بشرط أن لا يكون هناك شك في شخصية المؤلف الحقيقية، ويمكن مراجعة المادة ١١٢ من قانون الملكية الفكرية الفرنسي.

(٣) . د. حسن كيره-المدخل إلى القانون-منشأة المعارف/الاسكندرية ٢٠٠٠ ص٤٨٣ ود. محمد حسين منصور-نظرية الحق-دار الجامعة الجديدة-الاسكندرية-٢٠٠٤ ص ٢٥٠.

أمـــا بالنسبة لبرامج الحاسب الآلي فلم يضع الفقهاء تعريفاً خاصاً لمـــؤلفها وذلك على اعتبار أنه لا يخرج عن مفهوم المؤلف بالنسبة للمصنفات الأخرى[1].

لـــذلك فإنه يمكن أن يكون مؤلفاً أو مصنفاً جماعياً أو مشتركاً أو منفـــرد أسوة بالأعمال الفنية والأدبية الأخرى في هذا المجال بحيث يمكن أن يتم إعداد البرنامج عبر هذه الصور والتي سنبحثها لنتعرف من خلالها على من يملك حقوقها ومن بالتالي يملك التنازل عنها.

وقبل الحديث عن هذه الصور ولضمان معرفة أدق التفاصيل في قـــضية الملكية والتنازل لا بد أن نتعرف على مضمون حق المؤلف فالمـــادة ١٤٣ مـــن القانون المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ الخاص بحمايـــة الملكية الفكرية تنص على [يتمتع المؤلف وخلفه العام على المصنف بحقوق أدبية أبدية غير قابلة للتقادم أو للتنازل عنها وتشمل هذه الحقوق ما يلي: أولاً:- الحق في إتاحة المصنف للجمهور لأول مـــرة. ثانياً الحق في نسبة المصنف إلى مؤلفه . ثالثاً الحق في منع تعديل المصنف تعديلاً يعتبره المؤلف تشويهاً أو تحريفاً له..)[2].

---

(١). عرفه الدكتور خالد مصطفى فهمي بأنه (كل ما انتج او ابتكر برنامج للحاسب الالي وعبر عنه في شكل دعامة اياً ما كان نوعها اذا انطوى هذا البرنامج على فكر القائم عليه ود.خالد مصطفى فهمي – الحماية القانونية لبرامج الحاسب الالي – مرجع سابق ص ٤٦

(٢) . تقابـــل المـــادة ٥ مـــن التوجـــيه الأوروبي رقم ٩١/١٢٥ والمادة ١٢١ من القانون الفرنـــسي بخـــصوص الملكية الفكرية-و أكدت إتفاقية تربس في المادة ١٠ على نفس هذه الحقوق.

وتـــنص المـــادة ١٤٩ من نفس القانون أن للمؤلف أن ينقل إلى الغيـــر كل أو بعض حقوقه المالية المبينة في هذا القانون...(ويكون المؤلف مالكاً لكل ما لم يتنازل عنه صراحة من حقوق مالية...)[١].

وهـــذه المـــواد والتي وردت في أغلب تشريعات حقوق المؤلف الدولـــية والوطنـــية تشير إلى أن حق المؤلف يتقسم إلى نوعين من الحقوق وهما:

أولاً: الحقـــوق الأدبـــية لمؤلف البرنامج.. وتعتبر بحكم القانون من الحقـــوق اللـــصيقة بشخـــصه والتي تتصل بالجانب الذهني به فهي وشخصية صاحبها صنوان لا ينفصلان ولا يجوز التنازل عنها ولا التصرف فيها[٢].

وبتطبـــيق ذلك على مؤلف البرنامج، نجد أن حقه الأدبي بموجب القوانـــين ذات الشأن والمادة السابقة يشمل الحق في إتاحة البرنامج للجمهور لأول مرة والحق في نسبة البرنامج إليه وحقه في تعديل أو تحويـــر البرنامج وحقه في سحب البرنامج من الأسواق إذا طرأت أســـباب تدعو إلى ذلك وبإذن المحكمة وحقه بشكل عام في احترام الغير لهذا البرنامج[٣].

---

(١). في نفس المعنى المادة التاسعة من قانون حق المؤلف الأردني.

(٢) . د. شحادة غريب شلقامي/ الحق الأدبي لمؤلف برامج الحاسب الآلي- دار النهضة العـــربية/القاهـــرة-٢٠٠٤ ص ٣٥ وما بعدها ود. خالد فهمي-مرجع سابق ص١١٠ ود. أسامة أحمد بدر -مرجع سابق ص١٨.

(٣) . تـــنص المادة ١٤٤الملكية فكرية مصري، [للمؤلف وحده إذا طرأت اسباب جدية أن يطلب من المحكمة الابتدائية الحكم بمنع طرح مصنفه من التداول أو بسحبه من التداول أو

وتتميز هذه الحقوق الأدبية في ضوء هذه النصوص بعدم قابليتها للحجز عليها وبعدم جواز التنازل عنها وبكونها حقوق أبدية لا تنقضي بمرور الزمن وأخيراً بكونها حقوق تقديرية ينفرد المؤلف بمباشرتها بحريته التامة[1].

ثانياً: الحق المالي لمؤلف البرنامج: وعطفاً على النصوص السابقة فإن للمؤلف الحق في استغلال مصنفه استغلالاً مالياً بموجب حق استئثاري يخوله سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف وذلك بنص المادة ١٤٧ من القانون المصري بخصوص الملكية الفكرية والقوانين المقارنة ذات الشأن، فله وحده استغلاله تجارياً وله إعادة إنتاجه أو عمل نسخ منه، وله أن ينقل إلى الغير حقوقه المالية كلها أو بعضاً منها[2]وله أن يتنازل عن الاستغلال للغير مقابل مبلغ نقدي معين أو نسبة من الأرباح أو مقابل مبلغ جزافي[3]، ولكن يشترط لانعقاد هذا التصرف أن يكون مكتوباً وأن يحدد فيه

بإدخال تعديلات جوهرية عليه برغم من تصرفه في حقوق الاستغلال المالي ويلزم المؤلف في هذه الحالة أن يعوض من آلت إليه حقوق الاستغلال المالي تعويضاً عادلاً..]

(١) . د. محمد حسام لطفي- المرجع العلمي في الملكية الأدبية والفنية ج٢، مرجع سابق ص ٤٣-٤٥، د. مدحت عبد العال- مدى خضوع برامج الحاسب الآلي للحماية المقررة للمصنفات الأدبية في ظل قانون حماية حق المؤلف- دار النهضة العربية/ القاهرة ٢٠٠٢ ص ٨٢، و د. شحادة غريب شلقامي/برامج الحاسب والقانون- مرجع سابق ص ٣٠-٣٤

(٢). المادة ١٤٩ من القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ الخاص بحماية الملكية الفكرية المصري.

(٣). المادة ١٥٠ من القانون المشار اليه في الهامش السابق

صراحة وبالتفصيل كل حق على حدة كونه محلاً للتصرف مع بيان مداه والغرض منه ومدة الاستغلال ومكانه...الخ[١]

وعلى ذلك فالحقوق المالية وبعكس الحقوق الأدبية تتميز بجواز التصرف فيها للغير وبقابليتها للحجز عليها[٢] وكذلك تتميز بخضوعها لتقدير المؤلف للجعل المالي مع إعطاء دور للقضاء في هذا التقدير فيما لو تبين أن الاتفاق مجحف بحق المؤلف[٣] وأخيراً يتميز الحق المالي لمؤلف البرامج بأنه حقاً مؤقتاً أي بانقضاء المدة التي يقررها القانون له ترفع عنه الحماية وذلك على عكس الحق الأدبي الذي لا يسقط بالمدة[٤].

وعودة على ذي بدء لنبحث في الصور التي يمكن أن يتنازل بها المؤلف عن الحقوق المالية الخاصة بالبرنامج الذي قام بابتكاره وأفرغه في وعاء أو وسيط مادي ليكون معداً للنشر[٥]، بعد أن

---

(١).المادة ١٤٩من نفس القانون المشار اليه .

(٢) المادة ١٥٤ من القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ الخاص بحماية الملكية الفكرية المصري [يجوز الحجز على الحقوق المالية للمؤلفين..].

(٣). المادة ١٥١ من نفس القانون

(٤) . المادة ١٦٠-١٦١ من نفس القانون.

(٥). هناك شروط وجدة ومتطلبات معينة تفرضها التشريعات والنظم القانونية لتفرض الحماية بموجب حق المؤلف منها ما يتعلق بالعمل نفسه كأن ينطوي على إبتكار فكري ناتج عن إضافة وتميزوجدة وأن يكون للمصنف أو العمل كيان مادي تجسد فيه ويطلق الغرب على هذا الشرط التثبيت أو الثبوت "Fixation" وهو لضمان ثبات واستمرار المصنف ولاتاحة الفرصة للمجتمع للاستفادة منه ومنها شروط تتعلق بشخص المؤلف نفسه كأن يكون هناك مؤلف أو خلف عام لتستطيع هذه التشريعات حمايتهم ولمزيد من التفاصيل يمكن مراجعة د. نزيه الصادق المهدي- الحماية المدنية لبرامج الكمبيوتر في القوانين الوضعية، بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت -الامارات- ٢٠٠٠ ص ٢٤.

توصلنا إلى أن حقوق المؤلف الأدبية على البرنامج الذي قام بابتكاره هي حقوق لصيقة بشخصه لا يمكن التنازل عنها ولا التصرف بها لأي كان.

الصورة الأولى:

وهي أبسط صورة واقلها استعمالاً في المجال العملي وهي حالة قيام شخص أو فرد بابتكار وإعداد البرامج وبالتالي يعتبر المهيمن على كافة الحقوق الخاصة به، فهو قد قام بإبداع البرنامج دون مشاركة أحد فقدم الفكرة التي نبع عنها البرنامج ثم وضعها في قالب محسوس ثم أخرجها إلى حيز الوجود وهو ما يسمى عند الفقهاء بالمؤلف المنفرد[1] وبتطبيق ذلك على برامج الحاسب الآلي نلاحظ أن هذه الصورة صعبة التحقق في الحياة العملية فالبرامج تحتاج إلى معدات وأجهزة وتسويق وإعداد.. إلخ، مما هي فوق طاقة الشخص الوحيد وقد أثير في الفقه جدلاً حول هل يكتسب الشخص المعنوي حقوق المؤلف أم تبقى للشخص الطبيعي فقط، والإجابة على ذلك تكمن في المادة ٥٣ من القانون المدني المصري والتي منحت

د. خالد حمدي عبد الرحمن- مرجع سابق ص ١٣٥، د. محمد لطفي المرجع العلمي في الملكية الأدبية والفكرية في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء- الكتاب الثالث- القاهرة ١٩٩٩ ص٢٥، ود. شحادة غريب شلقامي- برامج الحاسب الآلي والقانون -مرجع سابق ص٦٠-٨٠ ود. فاروق الحفناوي قانون البرمجيات – مرجع سابق ص ١٣١.

(١) .د. شحاته غريب شلقامي- برامج الحاسب الآلي والقانون- مرجع سابق ص ٢٨ود. نواف كنعان – حق المؤلف- دار الثقافة للنشر والتوزيع- عمان- ١٩٩٢ ص ٢٦٣، د. خالد مصطفى فهمي- مرجع سابق ص ٤٨-٤٩.

الشخص المعنوي جميع الحقوق التي تكمن للشخص الطبيعي إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان الطبيعي[1] ومن ثم فإن الشخص الاعتباري لا يمكنه أن يتمتع بالحقوق الأدبية كحق الأبوة ونسبه المصنف إليه، وقد أكد المشرع المصري على ذلك بالمادة ١٣٨ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري عندما قال بما معناه أن المؤلف هو الشخص الذي ابتكر العمل وفي حالة الشك في معرفة المؤلف الحقيقي للمصنف يمكن اعتبار الشخص الطبيعي أو المعنوي ممثلاً للمؤلف في ممارسة حقوقه.. الخ، وبذلك فهو لم يعتبر الشخص المعنوي مؤلفاً ولكن اعتبره ممثلاً للمؤلف[2] وتحت كل الظروف فإننا لن نولي هذه الصورة الكثير من الأهمية لكون الحق الأدبي أصلاً لا يمكن التنازل عنه أو التصرف به وبالتالي فإن ما يعنينا هنا هو أن معد البرنامج أو مبتكره يمكن له أن يتنازل عن حقوق استغلاله المحلي أو أن يمنع الحق في توظيفه على شكل برامج تفهمها الآلة والأجهزة تسويتها إلى أي جهة كانت أشخاص أو شركات وهو بذلك يمارس الصلاحيات التي يمنحها إياها القانون وطبعاً وفق الشرائط القانونية الشكلية للتصرف.

---

(١). تقابل المادة ٥١ مدني أردني والمادة ٦٥ مشروع مدني فلسطيني.

(٢). د. خالد مصطفى فهمي- المسؤولية المدنية للصحفي عن أعماله الصحفية- دار الجامعة الجديدة- الإسكندرية ٢٠٠٤، ص١١٩، لنفس المؤلف الحماية القانونية لبرامج الحاسب -مرجع سابق ص٤٩..

الصورة الثانية:

وهي برامج الكمبيوتر التي يشترك في وضعها عدة أشخاص "جماعة" وذلك

بتوجيه من شخص طبيعي أو معنوي يأخذ مقاولات إعداد للبرامج وكذلك يقوم بنشر هذه البرامج وتسويقها تحت إدارته واسمه، وهذه البرامج التي يساهم في إعدادها وتأليفها أكثر من شخص بحيث تندمج كافة إسهاماتهم وجهودهم بحيث يستحيل معها تميز عمل كل منهما عن الآخر[1] وهذه الصورة نفس ما تحدثت عنه المادة ١٣٨ من قانون حماية حق الملكية المصري.

ويعتبر وفق القانون المصري والأردني لحقوق المؤلف الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي وجه ابتكار هذا البرنامج ونظمه مؤلفاً له ويكون له مباشرة حقوق المؤلف[2].

---

(١) . د. محمد حسام لطفي- المرجع العلمي في الملكية الأدبية- الكتاب الثاني- مرجع سابق ص ٢٨، د. فاروق الحفناوي- قانون البرمجيات- مرجع سابق ص١٣٣، ود. محمد سامي عبد الصادق- حقوق مؤلفي المصنفات المشتركة- رسالة دكتوراه- جامعة القاهرة- ٢٠٠٠ ص٨٣.

(٢) . تنص المادة ١٧٥ من القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ الخاص بحماية الملكية الفكرية المصري على [يكون للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي وجه الى ابتكار المصنف الجماعي التمتع وحده بمباشرة حقوق المؤلف عليه وهي تطابق المادة ٣٥ من قانون حق المؤلف الأردني وهذا على خلاف ما فعل المشرع الفرنسي في القانون رقم ٣٦١ لسنة ١٩٩٤ بخصوص الملكية الفكرية حيث أدخل تعديلات بموجب المادة الثانية من هذا القانون على برامج الحاسب التي يتم إعدادها وإبداعها من قبل مجموعة من العاملين أثناء تأدية عملهم أو بسببه، حيث أعطت هذه المادة لرب العمل أو من قام العمل بتوجيه منه أو إشراف منه الحق فقط بالاستغلال المالي لبرامج الحاسب الآلي وليست كافية إلى المالية

وفـــي هـــذه الحالـــة فإن الصورة الأكثر شيوعاً في استغلال هذا الـــشخص المعنوي للبرنامج تكون عن طريق السماح للمستخدم أو المـــستفيد من البرنامج باستعمال هذا البرنامج وفق الغرض المتفق علـــيه فيما بينهما من غير أن تنتقل للمستخدم أية حقوق من حقوق المؤلف وهنا يظهر الاختلاف فيما بين التصرف في برنامج الحاسب وحقـــوق المستخدم أو المستفيد وبين الصورة الرئيسية للتصرف في أغلب المصنفات التقليدية، فالتصرف في برنامج الحاسب يكون عن طريق الترخيص بالاستعمال التي ينظمها القانون أو عقد الترخيص

والأدبـــية كما كانت عليه المادة ١٤٥ من قانون حماية الملكية الفرنسي الصادر في ٣/٧/ ١٩٨٥، ونحن نحث ونحبذ أن يقتدي المشرع المصري والأردني بتوجه المشروع الفرنسي فـــي هـــذا الشأن ويقوما بتعديل هذه المواد بحيث يصبح لهذا الشخص المعنوي فقط التمتع بالحقوق المالية.

في القانون الفرنسي يمكن مراجعة:

Van(B)et laer (D): la loi du 10mai 1994 sur la-protction des logiciels BILAU- et- perspectives:gp26.oct.1995.p1183

أو ترجمة لهذه النصوص للدكتور خالد مصطفى فهمي- الحماية القانونية لبرامج الحاسب الآلـــي- مـــرجع ســـابق ص٥٦، وفي الموضوع نفسه د. شحاته غريب شلقامي- برامج الحاسب الآلي والقانون- مرجع سابق ص٨٢ و٩٦-١٠٩، ود. خالد عبدالرحمن -مرجع ســـابق ص٢٥٦و٢٦٤و٤١٥، وليـــرى جانـــب من الفقه أن الشخص المعنوي لم يقدم أي مجهـــود ذهنـــي ثم لا يجوز منحه حق المؤلف لمجرد ملكيته للمقدرة المادية على تكليف الغيـــر بالقيام بالعمل لحسابه إستاذنا د. أحمد شرف الدين- مقدمة للقانون المدني- نظرية الحق ١٩٨٧- القاهرة ص٣١٩.

وهـــي دائماً أقل من الحقوق المتعارف عليها في المصنفات الأخرى لحظر البيع أو التأجير أو الإعارة[1].

ونلاحـــظ دائمـــاً أن لا تنازل عن الملكية بمفهومها الواسع وفقط يكون التنازل عن حق الاستعمال أو عن الحقوق المالية فيما لو باع المؤلـــف ســـواء كان (شخصاً معنوياً) أو طبيعياً حقوقه المالية على مؤلفه.

الصورة الثالثة:

وهـــي حالة دائماً ما تترافق مع برامج معقدة تستخدم في إدارة المؤسسات الكبيرة والمطارات والبنوك وشركات الاتصالات بحيث تكون البرامج من التعقيد بمكان لا تستطيع شركة أو شخص لوحدها أو لـــوحده إعدادها فيشترك في الإعداد عدة أشخاص، فإن كنا أمام وضـــع لا يمكـــن فـــصل كل عمل عن الآخر بدون أن يضر ذلك بالبـــرنامج[2] فـــنكون أمـــام ملكية مشتركة للبرنامج يحكمها اتفاق أطرافها على كيفية استغلاله فإن لم يوجد اتفاق فإن القانون يمنح كل مـــنهم نفـــس الحقـــوق ويمنع أياً كان منفرداً من التصرف بالجزء الخاص به.[3]

---

(١). تسمح بعض الشركات للمرخص لهم بإعادة بيع البرامج التي سبق أن رخصت لهم بشروط معينة منها إلتزام المشتري بكافة شروط الترخيص وعدم إبقاء البائع على اية نسخ أو وثائق تتعلق بالبرنامج، د. فاروق الحفناوي- قانون البرمجيات- مرجع سابق ص٣٠.

(٢) . د. محمـــد سامي عبد الصادق- مرجع سابق ص٤٢٢، د. شحاته شلقامي- برامج الحاسب- مرجع سابق ص١٤٦.

(٣) . المادة ١٣٨ و٢/١٧٤ من قانون حماية الملكية المصري والمادة ٣٥ من قانون حق المؤلف الأردني.

ونلاحظ أنه بالنسبة لبرامج الكمبيوتر لا يمكن فصل مساهمة كل مؤلف أو مبرمج لأن البرنامج ليس أغنية مثلاً يمكن فصل الموسيقى عن الكلمات عن صوت المغني ولكنه بناء هرمي ذات تقنية عالية مبرمجة بخطوات مبنية الواحدة على الأخرى، لذلك حدد المشرع في مصر والأردن معالجة مثل هذه القضية بالنسبة لبرامج الحاسب فقط في حال عدم اتفاق الأطراف على طيفية الاستغلال الأنسب لبرنامجهم أو تمنعهم من محاولة الاستغلال منفصلين.

وفي نهاية هذا المطلب نلاحظ أن صور التنازل عن برنامج الحاسب الآلي يمكن أن تكون بالتنازل عن حقوق الاستغلال كاملة وهنا لابد من تطبيق الأحكام الخاصة بالتصرف بالحقوق المالية للمؤلف ولا بد من إعطاء المستخدم أو المتصرف له إذا كانت شركة برنامج المصدر نفسه لتتمكن من استغلاله وإنتاج وتطوير برامج ونسخ من خلاله أو منح المستخدم فقط حق استعمال البرنامج وفق الغرض الذي أعد من أجله هذا البرنامج وهي الطريقة الأكثر شيوعاً في الحياة العملية.

وتحت كل الظروف يجب أن يراعى الشكل في التصرفات الواردة على الحقوق المالية للمؤلف وهي الشروط القانونية كأن يكون التنازل مكتوباً وصريحاً ومحدداً بالمدة وبالمقابل[1] وتحديد الغرض من هذا التنازل أو من هذا الترخيص بالاستعمال فالتنازل

---

(١). يلاحظ أنه حتى لو تنازل المؤلف عن الحقوق المالية فله حق تتبع مصنفه ومشاركة المتنازل له "ناشر أو منتج) في الأرباح إذا كانت غير متوقعة، المادة ١٥٠ ملكية فكرية مصري و٢٨و٢٩ حق مؤلف أردني.

لا يـنقل إلـى المستخدم أو المستفيد أو حتى الذي سيقوم باستغلال البـرنامج لا يـنقل له حق ملكية بل حق استغلال ذو طبيعة خاصة تحمـيها قوانـين حـق المؤلف مع بقاء الملكية الأدبية للمؤلف أي المـبدع "المبرمج" ولا يمكن ولا يجوز التنازل عنها وعلى ذلك فلا التـزام بنقل ملكية بالمعنى التقليدي كأثر من آثار عقد إعداد برامج الحاسـب الآلـي، فالعلاقـة التـي تربط مصمم البرنامج (مبتكره) بالمـستخدم تتـشابه إلى حد بعيد مع الفنان الذي يقوم بتصميم لوحة فنـية وتنفـيذها لحساب أحد العملاء فهو لا يتنازل عن العمل الفني ومـثله مبتكـر أو مصمم البرنامج وعندما يقوم بنقل هذا العمل إلى المـستخدم أو المـستفيد فهو لا يتنازل عن حمايته بموجب القوانين وهذا ما استقر عليه معظم الفقه والقضاء عندما اعتبروا عقد الإعداد مـن عقود المقاولة وبالتالي رفضوا اعتبار التعاقد من قبيل التنازل عن العمل للمستفيد أو للمستخدم[1].

وطبعاً دائماً وأبداً فإن ما يتم التعامل عليه هو برنامج الهدف أي ما يتم التعاقد عليه هو النظام أو البرنامج الذي سيحاكي الآلة وليس تلـك المعـادلات الرياضية والخوارزميات التي كانت أساساً لكتابة برنامج الهدف بلغة الآلة أي ليس برنامج المصدر فهذا التنازل عنه

---

(١). د. حـسن جميعي- مرجع سابق ص٨٦-٩٥، د. ميرفت عبد العال- عقد المشورة في مجال نظم المعلومات-رسالة دكتوراة- جامعة عين شمس- ١٩٩٧ ص١١٣، د. حسام لطفي- عقود خدمات المعلومات- مرجع سابق-ص١٦٣.

لـــيس عملياً ويقع نادراً ونظير مبالغ طائلة لا تقدر عليها سوى دول أو مؤسسات اقتصادية قوية مثل الدول

المطلب الثاني

التنازل عن حقوق الاختراع

إن مصطلح الترخيص بالاستعمال الذي أصبح عقد تمكين العملاء من استعمال برنامج الحاسب يكون تحت مسماه هو مصطلح مستقى مـــن الـــنظام القانوني لبراءة الاختراع مما يحمل على التصور أن عقود استخدام أو استعمال برامج الحاسب الآلي تخضع لذات النظام القانوني الذي تخضع له براءات الاختراع[1].

وفـــي بدايـــة الأمر ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار البرامج من قبيل المبتكرات التي يتمتع صاحبها بحق ملكية الاختراع[2] وبالتالي إذا مـــا توفرت شروط منح البراءة في البرنامج فإن العقود الواردة عليه وبوصفه محلاً لحق استئثاري تسمح بنقل السلطات التي يخولها لـــصاحبه كلها أو بعضها من خلال عقود البيع أو عقود الترخيص بالاستعمال وعليه نطبق أحكام عقد البيع الواردة في القانون المدني بالإضافة إلى تطبيق الأحكام الخاصة بالتنازل عن براءات الاختراع أو نطـــبق علـــيه أحكام عقد الإيجار في القانون المدني فيما لو أراد

---

(٢) . د. حسن جميعي-مرجع سابق- ص٦٥.

(٣). د. خالـــد حمـــدي عبد الرحمن -مرجع سابق ص١٧١ ود. سعد محمد سعد- ورقة عمل مرجع سابق ص٣-٤، ود. سميحة القليوبي، الملكية الصناعية- الطبعة الثانية- دار النهـــضة العربية- القاهرة ١٩٩٦ ص٥ وما بعدها، د. عزة خليل -مرجع سابق ص٤١-٤٤.

المخترع أو صاحب البرنامج عدم التنازل وفقط منح المستفيد الحق في الاستعمال[1].

إلا أن المشرع الوطني والدولي وكذلك الفقه والقضاء قد استبعدا صراحة تطبيق النظام القانوني الخاص ببراءة الاختراع في مجال برامج الحاسب الآلي وذلك لأسباب عدة أبرزها.

أولاً: إن عقد الترخيص في مجال براءات الاختراع يفرض التزاماً باستغلال البراءة محل الترخيص بينما هذا شيء مستبعد ومرفوض في مجال برامج الحاسب الآلي من خلال عقد الترخيص باستعمالها.

ثانياً: عدم إمكانية إعمال وتطبيق شرط الجدة على برامج الحاسب الآلي كما تفرضه تشريعات براءة الاختراع[2]، وذلك للتطور الهائل في مجال البرامج والتي يجعل من معرفة الجديد فيها أمراً صعب من الناحية العملية ويصعب التفرقة كذلك فما بالك إذا علمنا أن مكاتب البراءات تستغرق في الغالب وقتاً طويلاً في عمليات الفحص والبحث عن مدى توافر عنصر الجدة[3]، كما أن عملية إعداد البرامج يمكن أن تمر بمراحل كثيرة ومختلفة ففي أي مرحلة يمكن أن يتوافر عنصر الجدة.

---

(١). د. حسن جميعي-مرجع سابق- ص٤٦.

(٢).تنص المادة الأولى من الكتاب الاول للقانون المصري رقم ٢٠٠٢/٨٢ [تمنح براءات اختراع طبقاً لأحكام هذا القانون عن كل اختراع قابل للتطبيق الصناعي ،يكون جديداً و يمثل خطوة إبداعيه..].

(٢). د. شحاته غريب شلقامي- برامج الحاسب والقانون- مرجع سابق ص٦، ود. محمد حسام لطفي- الحماية القانونية لبرامج الحاسب-مرجع سابق ص ٧٤.

ثالـــثاً: قابلية البرنامج للتطبيق الصناعي، ويرى أغلب الفقه في هذا الشرط أن الاختراع يجب أن يتمتع بالطابع الصناعي[١]، وهذا يعني أن يكـــون للاختراع نتيجة ملموسة في كافة مجالات الفن الصناعي والزراعـــي أيـــضاً تطبيقاً للمادة ٥٧ من اتفاقية ميونخ لعام ١٩٧٣ بخـــصوص بـــراءة الاختـــراع[٢]. لذلك يرى أغلب الفقه أن برامج الحاســـب لـــيس لها في أغلب الأحيان نتيجة صناعية لكونها ابتكار ذهني مجرد وهذه النقطة تحديداً كانت في بعض الأحيان سبب لمنح البرنامج براءة اختراع في ما لووضع في بوتقة صناعية كما سنرى في هذا المطلب.

رابعـــاً: الابتكار وبرامج الحاسب الآلي: يرى الفقه أن الابتكار يجب أن ينـــصب علـــى أشياء ملموسة حتى تتم حمايته من خلال النظام القانونـــي المقـــرر لبراءات الاختراع[٣]، والمقصود بالابتكار حسب المـــادة الأولى من القانون المصري الخاص بحماية الملكية الفكرية هـــو أن يكـــون هـــذا الاختراع مجاوزاً للحدود الطبيعية للمعلومات

---

(١). راجـــع فـــي هذا د. شحادة غريب- برامج الحاسب والقانون- مرجع سابق ص٧ وكـــذلك يمكن مراجعة د. حسن جميعي مرجع سابق ص٤٥-٤٧، ويمكن مراجعة المادة الأولى من القانون المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ ونص المادة ٥٧ من اتفاقية ميونخ لعام ١٩٧٣ حول براءة الاختراع.

(٢) European paten convention (E.P.c) أصبحت نافذة بين الدول الأوروبية في ١٩٧٨/٧/١ ولمـــزيد من التفاصيل راجع Bainbridge,david "Introduction to computer law" 2nd.ed, pitman publishing 1993 p.57 London

(٣).فاروق الحفناوي- قانون البرمجيات- مرجع سابق ص١٩٠.

الجاريـــة لـــرجل الصناعة المتخصص[1] ، فالابتكار لابد أن يكون مقروناً بالتطبيق الصناعي، كأن يكون إنتاج صناعي جديد أو طريقة صـــناعية جديـــدة أو حتـــى تطبيق جديد لوسائل أو طرق صناعية معـــروفة[2]، وبالتالـــي فـــلا يمكن اعتبار برامج الحاسب من قبيل الأشـــياء الماديـــة التـــي تجسدت في ابتكار اقترن بالصناعة إلا في حالات نادرة.

خامساً: النص التشريعي الوطني والدولي

لقد حسم المشرع الموقف بعدم اعتبار برامج الحاسب الآلي من قبيل بـــراءات الاختـــراع وذلك بالنص صراحة على استبعادها من نظام بـــراءات الاختـــراع[3] أو بالنص صراحة كذلك على شمولها لحق

---

(١). د. شحاته غريب شلقامي/برامج الحاسب الآلي والقانون-مرجع سابق ص١٠-١١، د. محمد حسام لطفي- الحماية القانونية لبرامج الحاسب- مرجع سابق ص٤٩، ود. حسن جميعـــي- مرجع سابق ص٤٦، ود. خالد حمدي عبد الرحمن- مرجع سابق ص١٥٠ وما بعدها.

(٢) .يـــورد الفقـــه مثلاً مكرراً في مثل هذه الحالة وهي حالة استخدام الكهرباء في تسير الـــسكة الحديديـــة بدلاً من الفحم د.جلال احمد خليل عوض الله – النظام القانوني لحماية الاختـــراعات ونقل التكنولوجيا الى الدول النامية –رسالة دكتوراه –كلية الحقوق – جامعة القاهـــرة – ١٩٧٩- ص ٧١ ود. صلاح زين الدين الاسمر – الملكية الصناعية التجارية دار الثقافة للنشر –عمان-٢٠٠٠ ص ٣٤.

(٣). تنص الماد ٢ من القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ المصري بخصوص براءة الاختراع [لا تمـــنح براءة الاختراع لمايلي... ٢-الاكتشافات والنظريات العلمية والطرق الرياضية والبـــرامج والمخططات] وهي تقابل =المادة ٤/ب من قانون براءة الاختراع الأردني رقم ١٩٩٩/٣٢ والمنشور بالجريدة الرسمية عدد ٤٣٨٩ في ١٩٩٩/١١/١.

المؤلف واعتبارها من قبيل الانتاج الذهني التي يخضع لقوانين حقوق المؤلف وحقوق النشر[١].

ولكن وبالرغم من الأسباب التي ساقها الفقه بعدم صلاحية برامج الحاسب للخضوع للنظام القانوني لبراءة الاختراع وبالرغم من نص المشرع صراحة في النهاية على ذلك إلا أن هناك اتجاهاً عالمياً فقهياً وقضائياً وحديثاً في الآونة الأخيرة يميل نحو القبول بفكرة التوسع في إعمال نصوص النظام القانوني لبراءة الاختراع وتطبيقها على بعض برامج الكمبيوتر وحجتهم في ذلك هي:

اعتماد التكنولوجيا الحديثة على برامج الكمبيوتر بشكل كبير واعتماد المخترعات الحديثة على هذه البرامج حتى لو لم تكن هي موضوع الاختراع وقد كان هذا الاتجاه موضع ترحيب من مكاتب براءات الاختراع والمحاكم في أوروبا والولايات المتحدة الأمريكية.[٢]

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية هذا التوجه بقولها [إن برامج الحاسب الآلي بحد ذاتها لا يمكن أخذ براءة اختراع عنها ولكن لا يعني ذلك استبعاد أخذ براءة اختراع عن الوسيلة التي ارتبط بها البرنامج إذا تعلقت بوسائل صناعية مستحدثة فإذا كانت برامج

---

(١). المادة ١٠ من إتفاقية تربس السابق الاشارة إليها والمادة ٣/٢/١٤٠ ملكية فكرية مصري، والمادة ٢/ قانون حق المؤلف الأردني، المادة ١٣١ ملكية فكرية فرنسي، والمادة ١٠٢ من القرار التوجيهي الأوروبي رقم ٩١/٢٥٠ والسابق الإشارة إليهم جميعا.

(2) Htenry carr and Richard Arnold"computer software and legal protection in the united kingdom" 3rd, ed-London sweet&Maxwell.1998.p127

الحاســـب تمثل وسائل صناعية مستحدثة فإنه من الممكن أخذ براءة اختراع عنها[1].

وهذا التوجه قد ربطه الفقه والقضاء بحالات وشروط معينة نجمل أهمها على النحو التالي:

أولاً: ان يــستخدم البــرنامج في تطبيق صناعي مضيف إليه تقنية واضحة .

فقــد جــاء فــي توجيهات مكتب البراءات الأوروبي (E.P.O) European patent office للفاحــصين الــذين يقومــون بفحص طلبات الحصول على براءات اختراع أن يركزوا وينظروا إذا كان الطلــب ينطوي على مساهمة حقيقية ذي طبيعة تقنية technical character تــشكيل اضــافة حقيقــية الــى فن معروف قبل منح البــراءة[2]، وقد طبق المكتب الفني الاستئنافي technical board of appeal

الــتابع لمكــتب البراءات الأوروبي هذا المبدأ فيما عرف بقضية Vicom لعــام ١٩٩٦ حــيث تم طلب براءة الاختراع لجهاز يعمل على تحسين وتسريع عملية معالجة الصور رقمياً digital image processing وتــم رفض الطلب من قبل الفاحصون بدعوى تعلقه ببرنامج كمبيوتر ذو منهج رياضي حيث جاء الرفض بالنص التالي:

---

(1) Cass com,28 mai 1975, bull.des aurets de courde cassation.4partie 1975,2,142.p118 ets

حكم اشار إليه د/شحاته شلقامي/برامج الحاسب والقانون -مرجع سابق ص٩.

(2) information technology law group/Europe "European computer law" N.Y. transnational pullishers.INC, 1996 p>130.

Un patentable computer program and mathematical method

وحين رفعت القضية إلى المكتب الاستئنافي قام بإلغاء قرار الفاحصين ورأى أن الاختراع ليس مجرد منهج رياضي أو برنامج وإنما هو عملية تقنية Technical process وإن تحكم برنامج الكمبيوتر بهذه العملية لا يجعله مستبعد من ضمن الاختراعات المستبعدة بالنص، بل إنه جدير بالقبول لأنه هو الذي يحدد تتابع الخطوات في هذه العملية وأضاف المكتب لا يمكن اعتبار برنامج الكمبيوتر من الأمور المستبعدة إذا كان يتحكم أو يقوم بعمليات تقنية(١).

ثانياً: أن يكون برنامج الكمبيوتر محل براءة الاختراع جزء من الاختراعات المتعلقة بـ العمليات Process أو الآلات machines أو السلع أو المواد المصنوعة manufactures أو الاختراعات المركبة composition of Mattel's التي تتضمن تجميع لفنون معروفة سلفاً يكون منها اختراع جديد(٢)، وقد أصدر المكتب الفني الاستئنافي الأوروبي بخصوص براءات الاختراع قراراً بنقض قرار الفاحصين بعدم منح براءة اختراع عن برنامج كمبيوتر يحسن أداء جهاز أشعة X فيما عرف بقضية Koch and sterzel في عام

---

(١). المرجع المشار إليه أعلاه ص ٤٤،وهو موقع لمجموعة من المحامين الاوروبيين المهتمين بقوانين الكمبيوتر في الدول الاوروبية وكذلك ورد النص في carr@arnold.op.cit.p132

(٢). د. حسن جميعي- مرجع سابق ص٤٥-٤٦، د. فاروق الحفناوي، قانون البرمجيات- مرجع سابق ص١٩٠-١٩٩.

١٩٨٨ حـــيث كان الفاحصون قد قرروا أنه يجب النظر إلى جهاز الأشـــعة وبـــرنامج الكمبيوتر بشكل منفصل على أساس أنه لا توج علاقـــة تقنية مستمرة تتفاعل فيما بين الاثنين وأن التأثير التقني فقط فـــي المرحلة الأخيرة من عمل الجهاز، وقد ألغى المكتب الاستئنافي هذا القرار في عام ١٩٩٢ موضحاً أن الاختراع يجب أن ينظر إليه فـــي مجمله as whole أي أن ينظر إلى الجهاز والبرنامج كوحدة واحدة عند فحص توافر شروط الاختراع.

ثالـــثاً: وأخيـــراً يشترط الفقه والقضاء أن تتوافر في البرنامج الذي يـــرغب مالكه في أن يكون محلاً لبراءة اختراع أو جزءاً من محل لبـــراءة اختـــراع بمعنـــى أدق أن يكـــون جديداً من نوعه. The inovation is new وأن يتـــضـــمن خطـــوة إبـــتكـــارية an inventive step والـــشـــرط المـــشهـــور بـــأن يكـــون قابـــلاً للتطبيق(١)

Capable Industural application وهذه طبعاً شروط متعارف علـــيها تشريعياً أيضاً وتطبيقاً لذلك حكمت المحكمة العليا الأمريكية supreme court في ١٩٨١/٣/٣ فيما عرف بقضية Diamond V.diener لـــصالح مـــنح براءة اختراع لـــ دياموند بعد أن رفض مكـــتب الولايات المتحدة براءات الاختراع والعلامات التجارية منح بـــراءة لبرنامج كمبيوتر يتحكم في جهاز "ماكينة" لدبغ الجلود بحيث يـــراقب هـــذا البرنامج درجات الحرارة ويشغل الماكينة عند درجة

---

(١) Bain.bidge.David P.R p.213 وراجـــع كـــذلك د. خالد حمدي عبد الرحمن- مرجع سابق ص١٣٠ وما بعدها.

معينة ويطفئها عند درجة معينة مستندين في رفضهم إلى ان طريقة عمل البرنامج عبر الماكينة تتخذ شكل صيغة رياضية ومن ثم لا تقبل الحماية ببراءة الاختراع، رفضت المحكمة هذا التوجه وقالت على الرغم من أن الصيغة الرياضية في حد ذاتها ليست محلاً لبراءة الاختراع فإن العملية التي تتضمن استخدام هذه الصيغة قابلة للحماية ببراءة الاختراع من نواحي اخرى لا يجوز استبعادها وفي هذه الحالة تنسحب الحماية على الطريقة المستخدمة في معالجة الجلد بغض النظر عن استخدام حسابات رياضية أو حاسبات رقمية[1].

وخلاصة القول نلاحظ أنه لا يوجد ما يمنع منح براءة اختراع لبرنامج حاسب معين إذا توافرت الشرائط القانونية الأساسية لمنح هذه البراءة والسابق الحديث عنها، فإن نجح أحد مبتكري أو صانعي البرامج في الحصول على براءة اختراع لبرنامجه[2] فإن ذلك

---

(١). قضية رقم (١٩٨١)١٧٥/ 450.u.s –د. برنارد.أ.جالير –الملكية الفكرية وبرامج الحاسب– ترجمة د. محمد حسام لطفي–مرجع سابق ص٤٣.

.(٢) إن طريقة الحصول على البراءة وعر وشاق ومكلف ويستغرق منحها مدة طويلة قد تصل إلى عام أو عامين بالإضافة إلى أن مدة حماية الاختراع قصيرة نسبياً إذ تتراوح في معظم النظم القانونية المختلفة ما بين ١٥–٢٠ سنة ولا تحمي نصوص قوانين براءة الاختراع أسرار البرنامج التي يلتزم المخترع بإفشائها خلال الفترة من تقديم الطلب إلى تاريخ الحصول على البراءة رغم أهميتها الكبرى في مجال برامج الحاسب لهذه الأسباب وغيرها نرى الشركات تحجم عن سلوك هذا الطريق في استثماراتها.

للتوسع في هذا يمكن مراجعة د. شحاته غريب شلقامي–برامج الحاسب والقانون– مرجع سابق ص١–١٨. ود. فاروق الحفناوي–قانون البرمجيات مرجع سابق ص٢٠٠ و د. خالد

سـيمثل إضافة قيمة الى أصوله وموجوداته وسوف تتاح له حماية قانونية أقوى من تلك التي يوفرها حق المؤلف خصوصاً في قضية منح براءة مشابهة لنفس البرنامج لأي كان حتى لو توصل الشخص الآخـر إلى الإختراع دون أن يعلم بسابق وجوده فلا يجوز ذلك في قوانـين بـراءة الاختراع في حين أنه وفقاً لقواعد حق المؤلف إذا توصل شخصان لعمل ذهني (برنامج كمبيوتر مثلاً) واحد وعمل كل مـنهما بشكل مستقل تماماً عن الآخر فلا يعد أحدهما ناسخاً لبرنامج الآخر ويتمتع كل منهما بحقوق المؤلف[1].

وعلـيه يجوز في مجال برامج الحاسب الآلي للمخترع أن يتنازل عـن اختراعه للغير عن طريق بيعه مثلاً ولكن يجب أن يكون هذا الاختـراع قـد حصل على البراءة[2] ويجب أن يكون الاتفاق على البـيع أو التـصرف مكتوباً وهذه الكتابة تعتبر ركناً في العقد وليس للإثبات فقط، ولكن تبقى لصيقة الاختراع إلى صاحبه كحق معنوي لا يجوز التصرف فيه أو التنازل عنه، تبقى الصيغة لصاحبها فالذي يـتم التنازل عنه في البرنامج فيما لو كان هذا البرنامج مسجل باسم مختـرعه هـو فقـط الحق في استغلال هذا الاختراع أي الحق في

حمـدي عبد الرحمن ص١٧٠ وما بعدها، ود. برنارد.ا. جالير- مرجع سابق ص٤١ وما بعدها.

(١).د. عـبد الرشـيد مأمـون- أبحاث في حق المؤلف- دار النهضة العربية-القاهرة ١٩٨٧ ص٣٣ ومـا بعدها، وخالد حمدي عبد الرحمن مرجع سابق ص٢٠٠-٢٢٠، و د. فاروق الحفناوي- قانون البرمجيات- مرجع سابق ص٢٠٠.

(٢).. المـادة ٧ والمادة ٢٧ من قانون براءة الاختراع الأردني والمواد من قانون براءة الاختراع المصري.

استغلال البرنامج الذي اخترعه للمتنازل له، ورغم وجود مثل هكذا حـــالات في عقود الإعداد إلا أنها نادرة في الحياة العملية لصعوبة حصول برامج الحاسب الآلي على براءة الاختراع وإن حصلت ففي أغلـــب الحـــالات لا تمنح للبرنامج بوصفه اختراعاً وإنما تتم حماية البـــرنامج عـــن طـــريق بـــراءات الاختراع بوصفه أحد المكونات الرئيـــسية لاختـــراع استوفى الشرائط القانونية اللازمة وفقاً للنظام القانونـــي الخـــاص ببـــراءة الاختـــراع[1] هذا بالإضافة إلى أنه من الـــصعوبة بمكـــان أن تجد شخص [معنوي أو طبيعي] حصل على بـــراءة اختـــراع لبرنامج معين ويتنازل بنفس الوقت عن الحق في اســـتغلاله ، فعقـــود البـــرمجيات في أغلبها تنطوي على الحق في الاســـتعمال وهـــو نظـــام قانونـــي بعيد كل البعد عن نظام براءات الاختراع.

هـــذا فيما يتعلق بالتنازل عن برنامج الحاسب وفقاً لحقوق الملكية الفكرية كأثر من آثار عقد الإعداد ولكن تبقى هناك التزامات أخرى على أطراف العقد سنناقشها في الفصل اللاحق.

---

(١).- ويقول الأستاذان ستيفان لاندبرج وستيفان دورانت انه في الولايات المتحدة يحاول كـــبار العاملـــين في هذه المجال استغلال القانون التجاري إلى ابعد الحدود بحيث يحالون الحـــصول امتـــيازات بـــراءة الاختراع وامتيازات حقوق المؤلف (حقوق النشر) لنفس المـــصنف أو الآلة التي تستجمع في طياتها الأمرين معا او حتى الوسيلة التي يوجد عليها برنامج ما. للتوسع راجع :

Steven W.Lundberg & Stephen C.Durant , Electronic and Software Patents –Law and Practice, Second Edition , BNA Books, 2005, P,31.

الفصل الثاني

التزامات الأطراف

إن التعاقد على برامج الحاسب الآلي وأياً كانت طبيعة هذا التعاقد فإنه يرتب التزامات متبادلة على عاتق الأطراف بالإضافة إلى قضية الملكية وانتقالها التي بحثناها في الفصل السابق ولعل أهم هذه الالتزامات هو التزام المتعهد أو المبرمج بتقديم المعلومات والإرشاد والنصائح والتزامه بالضمان وتحمل مسؤوليات العيب الخفي والتعرض والاستحقاق والتزامات المستخدم أو المستفيد والتي يتمثل محورها في وجود التعاون وحسن النية والتسلم ودفع المقابل.

وهذه الالتزامات يجري في الغالب النص عليها في العقد وتشمل نفاذها أثناء السريان وبالذات التزامات المستخدم في مواجهة المنتج أو المبرمج والتي يبقى البعض منها حتى بعد انتهاء العقد [كالسرية مثلاً وعدم السماح للغير بالاطلاع].

وبالمعية مع هذه الشروط التي تشكل التزامات الأطراف يجري النص في نفس هذه العقود كذلك على مسؤولية الأطراف عن الإخلال بهذه الالتزامات (والمستخدم وتابعيه والمنتج أو المبرمج أو المورد) ومن ثم تقوم مسؤوليتهم الواحد في مواجهته الآخر فيما إذا نتج عن هذا الإخلال ضرر مادياً أو أدبياً طبقاً للقواعد العامة في هذا المجال.

كل هذا سنبحثه في هذا الفصل عبر ثلاثة مباحث نبحث في الأول التزامات المتعهد "المبرمج" ونبحث في الثاني التزامات المستفيد

"المستخدم" ونبحث في الثالث المسؤولية عن الإخلال بهذه الالتزامات.

المبحث الأول

التزامات المتعهد

قبل الولوج الى التزامات المتعهد في هذا المجال وحتى لا ندخل في متاهة قانونية يجب أن نذكر بما انتهينا إليه في الفصول السابقة من أن برامج الحاسب الآلي قد تكون محلاً لعقد مقاولة وهو الافتراض الأساسي في هذه الرسالة، وذلك فيما لو قام المنتج أو المبرمج بإنتاج البرامج لحساب شخص طبيعي أو معنوي للوفاء بحاجته في مقابل أجر دون أن يخضع لإشرافه أو رقابته كما أن البرنامج قد يكون محلاً لعقد بيع إذا كان سابق التجهيز أي أن المنتج أو المبرمج أنتجاه ليفي بحاجة قطاع كبير من المستخدمين ثم طرحه للبيع بنفسه أو بواسطة موزع، وقد يكون عقد ترخيص بالاستعمال حصل عليه المستخدم بموجب اتفاق مع المبرمج أو المنتج وقد يكون إيجار حال معنوي..الخ.

ففي عقود الإعداد هناك التزامات تقع على عاتق المتعهد تتميز بعض الشيء عن الالتزامات التي تقع عليه في العقود المسماة المشابهة أو حتى التزاماته في العقود غير المسماة وذلك نظراً لحداثة هذه العقود وما لمسناه من خلال هذه الدراسة أن في النظرية العامة للعقد من القواعد القانونية المكملة ما يساعد جداً في إيجاد الحلول القانونية لهذه المشكلات.

إن عقـد الإعـداد يتميز عن غيره من العقود بأنه يمكن أن يكون مزيجاً لعدد من العقود(١) كما بيننا سابقاً لذلك فإن التزامات المتعهد أو المنتج يجب أن تكون مدروسة بعناية ووضوح حتى ينعكس ذلك على الأثـر الـذي سوف يترتب عليها وكذلك في مقدرته على الوفاء بهذه الالتزامات خصوصاً وأن هذه العقود في أغلب الأحوال تسبقها مرحلة مفاوضات عقدية [وبالذات إذا طبقنا أحكام عقد المقاولة كونه أقرب ما يكـون لعقـد إعداد البرامج] فيتوجب على المبرمج دراسة احتياجات العميل والبحث في مدى قدرته على التوفيق بين هذه الاحتياجات وبين مقدرته التقنية(٢) وكذلك ملاءمتها مع أصول البرمجة وعلومها، حتى يـتمكن من إعداد البرنامج التي تم الاتفاق عليه وهو التزامه الرئيسي بأفضل صورة ممكنة بحيث يكون مطابقاً للمواصفات والمقاييس التي تم الاتفاق عليها في العقد وبالتالي تسليمه إلى المستخدم.

لذلك نلاحظ أنه يجب على المبرمج نصيحة المستخدم بعد الاستماع إلـيه ومعرفة متطلباته بشكل دقيق وهذه النصيحة ليست التزاماً يوجبه مبدأ حسن النية في العقود فقط بقدر ما يمكن أن تشكل طريقة لإبطال العقد فيما لا لو تبين عدم دقتها وذلك لأننا بصدد محترف مهني (بائع أو صـانع مهنـي) فـي مواجهة طرف قليل أو عديم الخبرة في هذا المجال تفرض معظم التشريعات وأحكام القضاء حمايته وهي نصيحة فنـية وتقنـية نابعـة عن شخص خبير يعمل في هذا المجال ويعرف

---

(١)- د. محمـد السيد عمران – الطبيعة القانونية لعقود المعلومات – مرجع سابق ص . ١٠٣-١٠٦

(2) Thomas P .Vartanian – Technology and the Payment System – Shriver & Jacobson press 1996.p 31 .

بالـــضبط مـــا هي احتياجات الطرف الآخر وإمكانية القدرة عليها من عدمها...الخ.

وكـــذلك فإن هناك التزامات تقليدية يفرضها القانون على "البائع أو الـــصانع المهني" كضمان العيوب الخفية وعدم التعرض والاستحقاق [إلتـــزامات تـــشبه التزامات البائع] سنحاول بحثها وقياسها على عقود إعـــداد البرامج حسب الشروط التي ترد في هذه العقود وانطلاقاً من القـــواعد المكملـــة فـــي التـــشريع المدني والنظرية العامة للعقد عبر المطلبين التاليين.

المطلب الأول

الالتزام بتقديم المعلومات

تتميـــز العلاقة الناشئة بين المستخدم و المبرمج بأنها علاقة غير متكافئة فيما يتعلق بالأطراف من حيث العلم والدراية التامة بطبيعة محـــل العقد والذي يشكل غاية المستخدم من التعاقد، فالبرنامج الذي ســـيتم إعـــداده يشكل رغبات المستخدم في إتمام وظائف معينة لديه رغـــم أنـــه لا يتمـــتع بالمعـــرفة التقنية والتكنولوجية الكافية ليقوم بالاختيار الصحيح[1].

وهذا السبب يستوجب على المبرمج تقديم معلومات ونصائح حول الاختـــيار الصحيح والطريقة المثلى للتشغيل ولقيام النظام بواجباته بأفضل الصور وهو ما أصطلح على تسميته بالالتزام بالإعلام وهو

---

(١). د. خالـــد جمال أحمد حسين- الالتزام بالاعلام قبل التعاقد-رسالة دكتوراة- كلية الحقوق جامعة أسيوط -١٩٩٦ ص٨٠-٨٢.

التزام قرره القضاء الفرنسي على البائع المهني سواء كان صانع او موزع دون ان يستند ذلك على نصوص تشريعية خاصة فهو التزام تابـــع مرتبط بالالتزامات الأصلية الناشئة عن العقد، ابتكره القضاء الفرنسي لتوفير أكبر حماية ممكنة للمشتري أو المستخدم الذي لحق به ضرر نتيجة عدم درايته الكافية بمواصفات المحل[1].

ويطلق على التزام البائع المهني للبرامج بالإعلام [الالتزام بتقديم المـــشورة][2]وطـــبعاً هذه النسخة غير دقيقة في رأينا لان عقد تقديم المشورة يعقد في الغالب ما بين المستخدم وخبير في نظم الكمبيوتر ليـــساعده على الاختيار الصحيح عندما يقوم المستخدم بالتعاقد وهذا عقد منفصل، يختلف كلياً عن الالتزام الواقع على عاتق المبرمج أو البائع المهني بالإعلام والذي بموجبه يلتزم هذا المبرمج بالتوصيف

---

(١). د. عـــزة خليل/مرجع سابق ص١٢٧ و د. سهير منتصر –الالتزام بالتبصر– دار النهـــضة العربية القاهرة ١٩٩٠ ص٤٢ ود. حسن جميعي –عقود برامج الحاسب الآلي– مرجع سابق ص٢١٦.

(٢). لا نـــرى أن هذه التسمية صحيحة رغم اصطلاح المشتغلين ببرنامج الحاسب الآلي علـــيها وذلـــك لأن الالتزام بتقديم المشورة الفنية هو إلتزام مقرر بموجب عقد معين يلتزم بمقتـــضاه أحـــد الطرفين بتقديم معلومات فنية وقانونية في مجال معين إلى الطرف الثاني يكـــون مـــن شأنها توجيهه في اتخاذ قراره النهائي بصدد المسألة موضوع الاستشارة فهذا الالتـــزام مـــصدره عقـــد المـــشورة الفنية أما التزام المتعهد بتقديم المعلومات والنصائح، فمـــصدره عقـــد الإعداد نفسه وعدم تكافئ معلومات الأطراف ومبدأ حسن النية وضعف الطرف المستخدم ويمكن أن يكون مصدره التزامات الأطراف بموجب القواعد المكملة في القانـــون للتوســـع في ذلك راجع د. نزيه الصادق المهدي– الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات– مرجع سابق ص٧، د. نصيرة بوحجة سعدي– مرجع سابق ص٢٤٦، د. المنيد عمران مرجع سابق ص٩٢.

المستندي (السابق الإشارة إليه في الفصل الأول) للبرنامج[1] وهذا يعني إنشاء دليل المستخدم وتوصيف البرنامج توصيفاً جيداً ودقيقاً يشمل توصيف النظام وخطوات التشغيل والإرشادات الخاصة بالمدخلات والمخرجات وطريقة إدخال البيانات وتحديثها وقاموس المصطلحات الجديدة بالإضافة إلى توصيف مكونات الـ Hardware إن شملها عقد الإعداد[2].

إن التزام المتعهد أو المبرمج بتقديم المعلومات في عقود الإعداد يتكون في رأي الفقه والقضاء من محورين رئيسيين أولهما وضع المشتري أو المستخدم في الصورة الصحيحة والدقيقة لما هو محتاج إليه أي نصحه وإرشاده حتى فيما يتعلق بطريقة الاستعمال وهذه النصائح والإرشادات تشمل أيضاً مخاطر الاستعمال والاحتياطات التي يجب على المستخدم اتخاذها للتغلب على هذه المخاطر وثانيهما مطابقة البرنامج أو البرامج محل العقد لحيثيات الطلب وهي الوظائف التي سعى من أجلها المستخدم إلى المتعهد أو المبرمج للتعاقد معه على أن يقوم نظام المعلوماتية بأدائها[3] وهي التي أخبر أو أفصح المتعهد للمستخدم أن بمقدوره إعداد أو بيع برنامج له يفي

---

(١) - د. أنور احمد الفزيع-مرجع سابق ص١٠.

(٢) د. محمد زكي عبد المجيد واخرون -فيروسات الحاسب وامن البيانات -موسوعة دلتا كمبيوتر -٨- مرجع سابق ص٦٦-٦٩ ،ود. عزة خليل -مرجع سابق ص١٣٤ .

(٣). د. حسام لطفي- عقود خدمات المعلومات -مرجع سابق ص٩١-٩٢، د. عزة خليل -مرجع سابق ص١٣٢-٢٢٢، ود.فاروق الحنفاوي -موسوعة قانون الكمبيوتر ونظم المعلومات ج١ عقود البرمجيات -مرجع سابق هامش ١٠٥-١٠٧. ود. سهير منتصر- مرجع سابق ص ٤١.

بهـذه الوظائـف عبر إعطاءه المعلومات والإرشاد والنصائح التي بموجبها قبل التعاقد وأمل بتحقيق النتائج المرجوة منه.

وعلـيه سنبحث في فرع أول التزام المتعهد بالإرشاد والنصيحة وفي فرع ثانٍ مطابقة البرنامج لحيثيات الطلب..

الفرع الأول

الإرشاد والنصيحة

يتـصف عقد إعداد البرامج بتوافر صفة الاحتراف لدى المبرمج وهذه الصفة تفرض عليه تقديم النصيحة المناسبة والملائمة لظروف واحتياجات المستخدم، ويكون ذلك من خلال التحري والدراسة عن الدافـع والأمـور التي من أجلها أراد المستخدم التعاقد على برنامج معـين. وهـنا يجـب علـى المبرمج أن يلتزم بمعاونة المستخدم ومـساعدته فـي التعبير عن احتياجاته وتتم ترجمة ذاك من خلال التعبيـر في صياغة العبارات الفنية التي تتوافق مع هذه الاحتياجات حتـى يـتمكن المـستخدم من طلب البرامج والأنظمة التي تتناسب وتـؤدي إلـى وفـاء بأغراضـه.[1]وقد عرف الفقه الالتزام بتقديم النصيحة بأنه: إعلام العميل أو المستخدم المتعاقد بعد عمل الدراسة الملائمة لمحل وظروف التعاقد ببعض المعلومات الأساسية التي لها دور فعـال فـي الـتعاقد ومن خلالها يتم التوصل إلى مدى ملائمة البرنامج لاحتياجاته سواء من حيث تحقيق الغاية الأساسية أو ملائمة ظـروف البـرنامج لظروف البيئة المتوفرة لديه وبيان كافة الآثار

---

(١) . د. ثـروت فتحـي إسماعيل –المسؤولية المدنية للبائع المهني (الصانع ، الموزع) رسالة دكتوراة، حقوق عين شمس ١٩٨٧، ص٨٢ وما بعدها.

المتـــرتبة علـــى هـــذا التصرف ودوره في إتمام التعاقد[1]، فإذا تم التوصـــل الـــى نصيحة ملائمة فيتم إبرام العقد ويبقى على المبرمج الالتـــزام بالنـــصيحة فـــيما يتعلق بطريقة الاستخدام للبرامج وبيان الأمـــور الخطرة التي من الممكن أن تؤدي إلى إعاقة عمل البرامج وباختـــصار بـــيان كيفـــية الاســـتخدام وتحقيق الغاية المرجوة من البرامج.

ومـــن خلال هذا التعريف يتضح لنا أن الالتزام بالإرشاد والنصيحة يكون على مرحلتين وهما:

مـــرحلة ما قبل التعاقد (المفاوضات العقدية) والمرحلة اللاحقة على إبرام العقد وسنحاول من خلال هذا الفرع معرفة طبيعة الالتزامات التـــي تتـــرتب على المبرمج أو المتعهد في كل مرحلة وكيفيتها في عقود الإعداد:

المرحلة الأولى: ما قبل إبرام العقد

حتـــى يتمكن المبرمج من تقديم النصيحة للمستخدم أو العميل في هـــذه المـــرحلة يتوجب عليه القيام بعمل دراسة للظروف المقترنة بالبـــرنامج ولاحتياجات العميل وذلك يكون من خلال جمع أكبر قدر ممكـــن مـــن المعلـــومات المتعلقة بالغاية و الوظائف المرجوة من البـــرنامج وظـــروفه للخـــروج بأفق معين يشكل ترابط ما بين هذه

---

(١). د. ســـهير منتـــصر- مرجع سابق ص٤٠ وما بعدها، د. خالد جمال أحمد حسين- الالتـــزام فـــي الاعلام قبل التعاقد، رسالة دكتوراة، جامعة أسيوط ١٩٩٦ ص٨٠-٨٣.د. حسن جميعي-عقود الحاسب الآلي، مرجع سابق ص٢١٦ وما بعدها.

الغايات والاحتياجات وكيفية ترجمتها على شكل برامج أو برنامج[1] وهـنا وكما أسلفنا يجب على المبرمج أن يساعد المستخدم أيضاً في التعبيـر عـن احتياجاته ومساعدته في صياغة احتياجاته بلغة فنية وتقنـية ووضـعه فـي صورة الامتيازات لكل برنامج والمخاطر والأسـعار الخ. وهذه الالتزامات أوجبتها طبيعة عقد الإعداد وذلك فـي محاولـة لإيجاد نوع من التوازن بين الأطراف ولتيسير الأمر علـى المـستخدم تحديـداً ليتمكن من فهم بعض الشروط الأساسية والمواصـفات للبرنامج المراد إعداده فالمستخدم ليس متخصصاً في البـرمجة ولا في أنظمة التشغيل وطرق معالجة البيانات وهذه أمور يتعرف عليها من خلال النصيحة مما يؤثر في حرية إرادة المستخدم بعيداً عن أمور غير مفهومة لديه أو مظلمة يمكن أن تحد من حريته فـي الاختـيار[2] وانطلاقا من محاولة إيجاد نوع من المساواة بين الأطـراف وتوافر إرادات صحيحة ليست معيبة أو غير متكافئة فقد تـم الـتوافق فـيما بـين الفقه والقضاء حول التزام المبرمج بتقديم النـصيحة للمستخدم أو العميل لكي لا يؤدي إخفاء هذه النصيحة أو

---

(١). راجع في هذا د. نصيرة بو حجة سعدي-مرجع سابق ص٢٤٥ وما بعدها ود. السيد عمـران-مـرجع سابق ص٩٢ وما بعدها، ود. حسن جميعي مرجع سابق ص٢١٥ وما بعدها ود. نزيه الصادق المهدي مرجع سابق ص٨ وما بعدها.

(٢) . د. نـزيه الـصادق المهدي-الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعقلة بالعقد-مرجع سابق ص٢٠٨ -٢٣٠، وراجع في هذا أيضاً د. حسن جميعي أثر عدم التكافئ بين المتعاقدين على شروط العقد-دار النهضة العربية/القاهرة ١٩٩١ ص٣٤٦ و

Steve Kelley- computer and discovery advising the carport client,http//dind law.com/conraetsll contel -7html.p1

كتمانها لبطلان العقد مستقبلاً كما رأينا عند بحثنا لعيوب الإدارة في عقـود الإعـداد فـي الفصل الأول من هذه الدراسة، فقد أكد الفقه والقـضاء فـي كثير من المواقع على تقرير هذا الالتزام في العقود التـي تتصف بعدم المواساة بين الأطراف في قضية الاحتراف فهذا ما نجده ينطبق على الأمور المتعلقة بإعداد برامج الحاسب الآلي[1] ففـي حكـم شـهير لمحكمة النقد الفرنسية في ١٩٨١/٣/١٧ صدر قـرارها بإلـزام المحترف في مجال توريد أنظمة وبرامج الحاسب بنصيحة العملاء وشددت المحكمة في إقرارها لهذا المبدأ وذلك عبر نقـد الحكم الصادر عن محكمة استئناف (ليموج) بحيث نعت عليها مخالفـتها للقانـون عـند رفضها لطلب التعويضات عن الأضرار الـناجمة عن إخلال مورد نظام الحاسب بالالتزام بالنصيحة وعلى وجه الخصوص عدم قيام المورد بدراسة جادة وتفصيلية قبل تركيب وتـشغيل نظـام الحاسـب بمقر الشركة المستأنفة مما ترتب عليه اضـطراب في العمل بالشركة وتداخل ملفاتها مما اضطر المستأنفة إلـى اللجوء لشركة أخرى لإصلاح الأضرار الناجمة عن استخدام البرامج التي وردتها المستأنف عليها[2].

وهـذا مـا يفترض على المبرمج تنبيه المستخدم إلى المشكلات المـتوقعة فـي البرامج التي ستكون محل العقد مستقبلاً وخصوصاً

---

(١) . د. نـزيه محمد الصادق المهدي-مرجع سابق ص٢٥٠-٢٧٠، د. سهير منتصر- مرجع سابق ص١٨٠.

(2) cass.com17mars.1981.ball.civ.١v.n^{0} 150.p.118

حكم اشار اليه د. حسن جميعي – عقود برامج الحاسب – ص ٢١٩

بعض الجوانب التي يمكن أن يحجم بسببها المستخدم عن التعاقد فيما لو كان لديه علم بها وكذلك يجب أن يضعه في صورة المقدرة المستقبلية للبرامج على التحديث من عدمها ومدى تناسب هذه التحديثات مع أساسيات البرنامج وهل ستتلاءم مع الوظائف التي يقوم بها أم لا[1].

وخلاصة القول في هذا المجال أن المبرمج يلتزم بوضع تصور مبدئي ملائم وشامل للشروط التي تم الاتفاق عليها [بناءً على استقائه معلومات صحيحة من المستخدم] وتقديمه للمستخدم أو العميل على شكل نصيحة مؤهلة وصادقة ناتجة عن دراسات ستشكل أساساً فعلياً لبرامج عند تطبيقها على أرض الواقع وعبر إنتاجها بأفضل المواصفات.

وهذا الالتزام من الصعوبة بمكان بالنسبة للمبرمج بحيث يضعه في مراحل صعبة يتوجب عليه فيها التوفيق فيما بين إيجاد برنامج يلبي رغبات العميل أو المستخدم وما بين إيجاد تناسب بين لغات البرمجة نفسها التي سيتم استخدامها ويمكن في هذه المرحلة التوصل إلى عدة حلول مناسبة فيكون عليه أيضاً شرح سمات وعيوب كل حل [كل نوع من أنواع البرامج] التي يمكن أن يتناسب مع العميل ليقوم بالاختيار بناءً على هذا الشرح وذلك لأن المبرمج أعلم الناس بما سوف يقوم بإعداده والعميل أو المستخدم لا يملك من أمره شيء

---

(١). د. خالد جمال أحمد حسين- مرجع سابق ص٨٥-٨٦/ د.فاروق الحفناوي، قانون البرمجيات-مرجع سابق ص١٧١.

حـــول كيفـــية هذا الإعداد[1] لذلك قيل أن الهدف الأساسي من هذا الالتـــزام هـــو إبراء ذمة المبرمج من إمكانية الرجوع عليه بالخلل الـــذي يمكـــن أن يحصل مستقبلاً فيما لو لم تتلاءم الوظائف وطرق العمل مع احتياجات العميل بسبب عدم تقديم النصيحة، فالاتفاق على تصور معين يجنب الأطراف وبالذات المبرمج كثيراً من المشكلات التي من الممكن حدوثها بعد إتمام إعداد البرنامج فلا يحق لأي منهم إبـــراء نفـــسه من موافقته على هذا التصور أو هذا التصميم فيما لو اقترن بنصيحة[2] وبما أن هذه المرحلة هي مرحلة سابقة على إبرام عقـــد الإعداد فإن الالتزام بالنصيحة المفروض فيها هو التزام غير عقـــدي بالنسبة للمبرمج لأن العقد لم يتم إبرامه بعد وإنما تتوافر فيه صـــفة الالتزام (وكما بينا سابقاً وبالذات عند مناقشة بعض الشروط المجحفـــة فـــي الفصل الثالث من هذه الدراسة) بسبب إحداث بعض الـــتوازن فيما بين أطرافه خصوصاً أن هذه العقود يمكن أن تتشابه كثيـــراً مـــع شروط عقود الإذعان[3]، وكذلك لأنها بصدد خبير في مـــواجهة شـــخص لا يملك أدنى خبرة في مجال البرمجة. وبما أن الالتـــزام بالنـــصح والإرشاد في هذه المرحلة التزام غير عقدي فلا يمكـــن الرجوع على المبرمج بمسؤولية العقدية لعدم تقديم النصيحة

---

(١) د. السيد عمران، مرجع سابق ص ١١ -١٥، د. سهير منتصر، مرجع سابق ص٤٧.

(٢). راجـــع فـــي هذه المادة ١/١٤٨ مدني مصري والمادة ١/٢٠٢ مدني أردني والمادة ١/١٨١ مشروع فلسطيني (يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه).

(٣). مـــرجع ســـابق ص. مـــن هذه الدراسة وكذلك يمكن مراجعة د. أحمد عبد الرحيم الملحـــم، نمـــاذج العقـــود في مواجهة الشروط المجحفة-مرجع سابق ص١٨٠ وما بعدها وهيكتور ماكوين مرجع سابق ص١٢٨ -١٣٥ ود. عبدالفتاح مراد، مرجع سابق ص١٠٥

الملائمة قبل إبرام العقد للمستخدم ولكن يمكن الرجوع عليه بالمسؤولية التقصيرية وفي حالة إبرام العقد والقيام بإعداد البرنامج فإن هذا الالتزام يعتبر من الالتزامات العقدية التي تخضع المبرمج للمسؤولية العقدية وكذلك لحكم القانون الذي يمكن الطرف الآخر من إبطال العقد فيما لو تبين حجب بعض المعلومات أو التدليس في طرحها كان دافعاً للتعاقد من قبل المتعاقد الضعيف (الأقل خبرة)[1].

المرحلة الثانية: ما بعد إبرام العقد

وتبدأ هذه العملية منذ قيام المبرمج بإعداد البرنامج[2] وخلال توصله إلى بعض النتائج الأولية حتى يتم إكمال البرنامج لتسليمه، حيث تتجسد النصيحة ببيان كيفية التشغيل وتحقيق الغاية المرجوة من البرنامج بأفضل الوجوه الممكنة عبر إبداء النصح والإرشاد بخصوص المواد التي تصاحب إنتاج البرنامج والتي تعتبر من مكونات البرنامج مثل الرسوم والخرائط البيانية الخاصة بالبرنامج وأية وثائق أو مواد أخرى، وكذلك بخصوص المواد التي يتم تسليمها مع البرنامج والتي تشرح كيفية تشغيله والاستفادة من وظائفه وكيفية تصحيح ما قد يظهر من أخطاء هذا وتشمل النصيحة

---

(١) . د. حسن جميعي، عقود برامج الحاسب، مرجع سابق، ص٢٣٥ وأستاذنا د. أحمد شرف الدين، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص١٨٦، د. حسام الأهواني مرجع سابق ص ٢١٠ وما بعدها.

(٢). د. أنور الفزيع، مرجع سابق، ص١٣٤-١٣٩، د. أحمد محمود سعد، مرجع سابق ص١٥٥-١٦١.

كافـــة التحسينات والترقيات updates(١) التي يمكن أن يجري على البـــرنامج من حين إلى آخر والتي من الممكن أن تظهر في صورة إصدار جديد أو نسخة جديدة متطورة ومحسنة من البرنامج(٢).

وتكمـــن الغايـــة من هذا الالتزام في حماية المستخدم من بعض الأمـــور التـــي يجهلهـــا في كيفية استخدام البرنامج حتى أن لبعض الـــشركات الدولـــية وفي بعض صيغ العقود يتم الاتفاق من خلالها علـــى قـــيام المنـــتج أو المبرمج نفسه بتدريب عمال المستخدم لمدة معينة على كيفية استخدام الأنظمة المتكاملة (برامج وأجهزة معاً) أو حتى البرامج التي يتم إعدادها لصالحه(٣)، وعلى ذلك يجب أن تكون النصائح

كاملـــة ووافية تثير انتباه المستخدم لكافة المخاطر والعيوب التي من الممكن أن يتعرض لها أثناء الاستعمال سواء عند القيام بعمليات تخـــزين البـــيانات أو اســـتخراجها وكـــل ذلك يجب أن يتم بطريقة واضـــحة وبلغة مصاغة بطريقة يستطيع المستخدم فهمها من خلال

---

(1) Steven W .Lundberg & Stephen C .Duran P.R .p209.

(٢) . د. فـــاروق الحفناوي، قانون البرمجيات، مرجع سابق، ص١٢٧-١٢٨ ود. محمد فهمي طلبه وآخرون، الموسوعة الشاملة لمصطلحات الكمبيوتر، موسوعة دلتا، كمبيوتر ٢ مرجع سابق ص٨.

(٣) . مزيد من التفصيل راجع د. خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق ص١٤٣و١٥٥ ود. حسن جميعي، أثر عدم التكافئ بين المتعاقدين على شروط العقد، مرجع سابق، ص٣٤٦.
Clarence .H ridly & peter. .quittmeyer -computer software agreement-form and commentary. P.R p 17.
ويمكـــن مـــراجعة د. فارووق الحفناوي-موسوعة قانون الكمبيوتر ونظم المعلومات-ج١ عقود البرمجيات- نماذج العقود بالانجليزية ص١١٣،ص١٧٣وص٢٥٧.

تجـنب استخدام مصطلحات خاصة بالبرمجة يصعب على المستخدم (الشخص العادي) فهمها لذا يجب على المبرمج أن يفترض أن هذا الـشخص غير ملم بلغة وتعليمات البرمجة حتى أن بعض الخبراء فـي هذا المجال يعتبرون ذلك ليس توجيهات فقط بل أساسيات في الاسـتخدام يجب أن توضع في مكان ظاهر سواء على وسيلة تسليم البـرنامج أم بظهورها على شاشة الجهاز عند استعمال البرنامج أو مـن خـلال كتيب أو ملحق يسلم مع البرنامج أو بأي وسيلة كانت، فـالمهم أن تكـون واضحة وظاهرة ومرافقة للبرنامج بحيث لا يتم فصلها عنه[1].

إن إرشـاد المـستخدم لكيفية الاستخدام يحقق غايته من البرنامج علـى أكمـل وجه، ويحافظ على انسيابية عمل البرنامج بعيداً عن حـدوث مـشاكل تقنية يمكن أن يسببها الاستخدام غير السليم، فهذه الإرشادات والنصائح من الأهمية بمكان أن البعض قد شبهها بعملية تدريب للمستخدم على كيفية الاستخدام وطرق حماية البرنامج إبتداءً من البدء بالتشغيل وحتى الانتهاء من الاستخدام وإقفال البرنامج[2].

هذه المعلومات جميعاً إذا تم تقديمها على شكل نصائح وإرشادات فـإن المـستخدم يكون قد استوفى حقوقه فيما يتعلق بالنصيحة التي يجـب علـى المهنـي تقديمها إليه، ومن الضروري بمكان التزام

---

(١) . د. نـزيه الـصادق المهدي، مرجع سابق، ص١٣٦، ود. ثروت إسماعيل، مرجع سابق ص٣٥١وص٥٣٣.

(٢) . د.أنور أحمد الفريع-مرجع سابق ص١٣٤-١٣٥، ود. عزة خليل-مرجع سابق ص ٦١و١٣٨-١٣٩.

المستخدم بها ليتم تحقيق درجة أكبر وأفضل من الأداء أثناء الاستخدام، هذا بالإضافة إلى أن توفر هذه النصائح يحول دون إدعاء المستخدم بعدم توافر المعرفة التامة لديه والغموض بخصوص العقد الذي تم إبرامه مما يعتبر معها أن إرادة الأطراف تكاد تكون متساوية نتيجة لهذه النصائح والإرشادات ولا يدعي الجهل أو الغلط في مواجهة المبرمج أو المورد[1].

وأخيراً نقول أن التزام المبرمج أو المنتج أو المورد بالنصيحة بعد إبرام العقد هو من الالتزامات الأساسية لهذا العقد والتي تندرج تحت خانة المسؤولية العقدية لذلك فإن حدث خلل لم يتم توقعه في البرنامج ولم يتم ذكره في النصائح والإرشادات، وكان هذا الخلل مؤثراً فإنه يعطي الحق للمستخدم بالرجوع على المبرمج للإخلال بالالتزامات الملقاة على عاتقه وبالتالي فسخ العقد والرجوع عليه بالتعويض عن هذا الضرر. وحتى في بعض الحالات اعتبر السكوت عن تقديم النصيحة بمثابة تدليس كما رأينا سابقاً[2] يبيح لمن وقع فيه طلب إبطال العقد.

أما بخصوص استعانة بعض المستخدمين بالخبراء عبر عقود استشارات فنية في هذا المجال فإن ذلك وبحسب الفقه لا يعفي المنتج أو المبرمج من تحمل المسؤولية ولكنه يخفف من مسؤوليته بعض الشيء وذلك لأن المستخدم كان بإمكانه من خلال مستشاريه

---

(١) . د. أحمد محمود سعد، مرجع سابق، ص١٥٦-١٦١.

(٢) . راجع ص من هذه الرسالة وكذلك راجع د. حسن جميعي، عقود برامج الحاسب، مرجع سابق ص٢٢٥-٢٣٥.

الفنيين أن يكون على دراية أكبر بما يحتاج إليه، فقد قضت محكمة استئناف باريس في ١٩٩٧/١/١٢ بأن خطأ المورد وتقصيره في نصيحة العميل يخفف منه أنه كان يعلم أن هذا الأخير قد استعان بشركة متخصصة في مجال المعلوماتية في المراحل السابقة على إتمام التعاقد(١).

وقبل أن نختم هذا الفرع لابد أن نسأل أنفسنا كعاملين في حقل القانون هل التزام المبرمج أو المنتج بالنصح والإرشاد للعميل أو المستخدم بخصوص عقود إعداد برامج الحاسب الآلي هو التزام بتحقيق نتيجة تستوجب إعداد برنامج بناءً على النصائح التي تم تقديمها أم هي مجرد التزام ببذل عناية من خلال تقديم النصائح وينتهي دور المبرمج أو المنتج هنا؟

وللإجابة نقول وبعد طول دراسة انقسم فيها الفقه إلى مؤيد للقول الأول(٢)

أو مؤيد للقول الثاني(٣).فإن الاتجاه المعاصر اخذ بكون هذا الالتزام هو التزام مزدوج بين بذل عناية وتحقيق نتيجة منطلقين من

---

(١). paris.5ech12,ganv1997. jurus data no35 اشار إليه د. حسن جميعي عقود برامج الحاسب، مرجع سابق ص٢٢٨.

(٢) . د. عزة خليل، مرجع سابق، ص١٥٥، ود. حسن جميعي ، شروط التخفيف والاعفاء من ضمان العيوب، دار النهضة العربية-القاهرة ١٩٩٣، ص١٩٠.

(٣) . د. ثروت إسماعيل، مرجع سابق، ص٣٧٢و٣٧٧و٣٧٨/ ود. ممدوح محمد مبروك، أحكام العلم بالبيع وتطبيقاته في ضوء تقدم وسائل التكنولوجيا المعاصرة، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الاسلامي، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٨ ص٢٥.

أن النصيحة التي يتم تقديمها تكون التزام ببذل عناية من خلال القيام بإعداد دراسة لمدى ملائمة البرنامج لاحتياجات المستخدم أو العميل وبيان كيفية الاستخدام وذلك ليتم استخدام هذه النصائح والدراسات التي تم تقديمها في تقديم رؤية واضحة للمستخدم تنير له الطريق لإتمام العقد بإعداد برامج تتناسب واحتياجاته(١).

أما تحقيق النتيجة فيتجسد في إبرام العقد وظهور محله على أرض الواقع بحيث يتمكن المستخدم من الاستفادة من هذه المحل دون شوائب تشوبه نتيجة للدراسة والتي تم تقديمها، وبهذا فإن الفقه الحديث يفرق بين فهم المستخدم أو العميل للنصائح والإرشادات والعمل بها وبين دور المبرمج أو المنتج بتوضيح النصائح والإرشادات للمستخدم حتى يتم تحقيق نتائج تتمثل في إبرام عقد خالي من الشوائب ومن ثم يبرز دور هذه النصائح في ذلك بحيث يتم إنتاج برامج بأفضل المواصفات نتيجة التزام الأطراف بالنصائح والإرشادات.

ومن دراستنا للاتجاهات الفقهية في هذا المجال نذهب إلى تأيد الاتجاه المعاصر الذي أعتبر أن هذا الالتزام التزام مزدوج نرى فيه بذل عناية الرجل المعتاد في عمل دراسة ملائمة لظروف العقد تتناسب مع احتياجات المستخدم وتبين له كيفية الاستخدام والمخاطر ...إلخ.

ويبقى بذل هذه العناية مستمراً طيلة فترة التنفيذ للعقد ومن جانب آخر فإن المبرمج يلتزم بتحقيق نتيجة وذلك عبر التزام المستخدم

---

(١) . د. ممدوح محمد مبروك، مرجع سابق، ص٢٠٦.

بأفضل وسيلة ممكنة (أي تأثير النصائح والإرشادات على إرادة المستخدم أو العميل) من خلال اقتناعه بهذه النصائح وتطبيق حذافيرها لحصوله على الغاية المرجوة من البرنامج وباختصار يكون تحقيق النتيجة مقترناً بتطبيق المستخدم للنصائح طيلة فترة التنفيذ وحتى ما قبل الانعقاد فيكون المبرمج ملتزماً بما قد اقنع به المستخدم، أي بتحقيق نتائج ذلك عبر الاستخدام[1].

ولم تتم معالجة مثل هذه المسائل في نصوص القانون المدني، إلا أن الفقه قد أجمع وتحت كل الظروف على التزام الشخص الذي يتمتع بصفة الاحتراف، بتقديم النصيحة للمستخدم أو العميل لأنه لا تتوافر لديه المعرفة الحقيقية والشاملة أو التامة بالبرامج التي سيتم تنفيذها[2] تحقيقاً لقدر من المساواة بين طرفي العقد في معرفة كافة ما يتعلق بالمحل.

الفرع الثاني

مطابقة البرنامج لحيثيات الطلب

يقوم المنتج قبل الموعد المحدد لتسليم البرامج أو البرنامج بإعداد عينة من البيانات test data التي تشغل بصوره مصغرة عن البرنامج مثلاً لفحص واختبار مدى صلاحية البرنامج محل الإعداد بحيث تخضع هذه العينة في اختبارها لموافقة المستخدم ويتم تحديد

---

(١). د. أحمد محمود سعد، مرجع سابق، ص١٢٧-١٢٩، د. سهير منتصر، مرجع سابق، ص١٨-٢٠، د. سعيد سعد عبد السلام، الالتزام بالإفصاح في العقود، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٠، ص١٠٥-١١١.

(٢) . Steven W.Lundberg & Stephen C .Duran P.R .p214

مـــوعد باتفاق الطرفين لإجراء اختبارات القبول وذلك عبر معالجة عيـــنة البـــيانات على الأجهزة بحضور المستخدم حيث يتعهد كلا الطرفين بتقديم كافة التسهيلات الممكنة لإجراء هذه الاختبارات[١].

إذا عالجهـــا البرنامج أو إذا عالج البرنامج البيانات محل الاختبار وحقـــق النتـــيجة المـــرجوة منه أو المتوقعة فيتم قبوله فوراً ويوقع المستخدم أو المستفيد شهادة بقبول البرنامج [٢] بحيث تعتبر البرامج مقـــبولة عقـــداً وقانوناً متى اجتازت اختبارات القبول بنجاح أو متى وضـــعت موضـــع التـــشغيل الفعلـــي live operation مـــن قبل المستخدم.

ولكـــن مـــا هو الحل لو أن البرنامج أو البرامج أخفقت في القيام بمعالجـــة البيانات كما هو متوقع؟؟ في هذه الحالة فإن أغلب العقود تـــنص علـــى مـــنح المبرمج فترة إضافية لمحاولة معالجة الأخطاء وتكـــون هـــذه الفتـــرة عادة من تاريخ فشل الاختبار الأول الخاص بالقبول[٣].

---

(١) لمزيد من التفاصيل راجع د/ يوسف عبد الهادي الاكيابي – مرجع سابق ص ١٧٩ و د/ عبد الفتاح مراد- مرجع سابق ص١٠٤ وما بعدها و د/ نصيرة بو جمعة سعدي مرجع سابق ٢٠٧ وما بعدها و د/ ميرفت عبد العال- مرجع سابق ص ٣٠٦-٣٠٨ و د/ حسن جمعي- عقود برامج الحاسب- مرجع سابق ص ٢٨٧- ٢٨٨.

(٢). ســـبق الحـــديث عن اختبارات القبول- راجع ص من هذه الدراسة وفي الغالب فإن شـــهادة القبول تكون مرفقة مع ملاحق العقد، ويجب ملاحظة أن اختبارات القبول بالنسبة للبـــرامج تختلف حسب نوع وطبيعة البرامج ولكن يبقى الهدف الرئيسي منها هو التأكد مـــن مطابقـــة البـــرامج للمواصفات المتفق عليها، والذي يظهر عبر قدرتها على معالجة البيانات بالطريقة المقصودة وتحقيق الغرض المرجو منها.

(٣) د/ فاروق حفناوي/ عقود البرمجيات- مرجع سابق- ص ٢٤٢.

وبعـــد ذلك فإذا ما زالت البرامج فاشلة في معالجة عينة البيانات المنتقاة ما هو العمل وما هو موقف القانون في مثل هذه الحالة؟

بـــادئ ذي بدء يجب أن نستظهر طبيعة التزام المبرمج أو المنتج لهذه البرامج هل هو التزام ببذل جهد أو عناية أم هو التزام بتحقيق نتـــيجة؟ وعلـــى أثـــر ذلك نستوضح موقف القانون فيما لو أخفقت البرامج في تحقيق الغاية المرجوة منها.

يقتضي الالتزام بتسليم البرامج كمحل لعقد الإعداد أن تتطابق هذه البـــرامج مـــع المواصفات التي تم الاتفاق عليها أو حتى تلك التي تقضيها قواعد مهنة الإعداد وإنتاج البرامج وعرف التعامل فيها[1]. وحيث يقوم المبرمج وهو المدين بالتسليم بعمل ايجابي ينقل بمقتضاه محل التعاقد إلى المستخدم "الدائن" ويمكنه منه تمكيناً مادياً فيجب أن يكون هذا المحل مطابقاً للمواصفات السالف بيانها بما يتيح للمستخدم أن يحـــصل علـــى الغاية المرجوة من هذا المحل والتي لا تكون إلا بمطابقـــة المواصـــفات لمـــا تم الاتفاق عليه، فإن تخلف المنتج أو المبرمج فإن ذلك يعتبر إخلالاً بالتزام عقدي يستتبع انعقاد مسؤوليته العقدية.

ولمعرفة طبيعة الالتزام نفرق هنا فيما بين إذا ما كان التعاقد على إنـــتاج وتوريد البرامج قد تم من خلال عقد بيع أو إيجار (ترخيص بالاســـتعمال) فـــنكون أمام التزام بتحقيق نتيجة أي يكون المنتج أو المبـــرمج ملتـــزماً بتسليم برنامج مطابقاً للمواصفات التي تم التعاقد

---

(١). د/ حسن جميعي- عقود برامج الحاسب- مرجع سابق ص٢٢٥-٢٣٧.

علـيها وأي إخـلال جوهـري بهـذه المواصـفات يعتبر اخلالاً بالالتزامات العقدية .

أمـا إذا كـان العقد "عقد إعداد البرامج أو البرامج" قد تم إعداده للمـستخدم بـناءً على مقاولة أي عقد كان قد طلبه هو وفق شروط ومواصـفات معينة وتم إعداده له فقط ففي هذه الحالة يصبح تحديد طبـيعة التـزام المنـتج أو المبرمج أكثر صعوبة ولبيان ذلك يجب الاسـتناد إلى التقدير الفني لمدى إمكانية إنتاج البرنامج محل العقد بطـريقة تفـي بالأغراض المستهدفة من التعاقد بالإضافة إلى رأي الخبـراء في مدى قدرة منتجي البرامج في التحكم أو الوصول إلى النتائج المرجوة[1].

فـإن كان بالإمكان ذلك أي أن البرنامج محل التعاقد ممكن علمياً وتقنـياً فإن التزام المنتج أو المبرمج، حسب القواعد العامة في عقد المقاولـة هـو التزام بتحقيق نتيجة [2]ولكن لم نرى او نسمع فقه او قضاء قد قام على تشبيه عملية إنشاء مبنى او جسر بتصميمات فنية ودراسات متعلقة بإنتاج برامج حاسب او نظم معلوماتية كاملة وذلك لان الواقـع العملـي اثـبت ويثبت كل يوم انه من المستحيل وضع

---

(١). د/ خالـد جمـال احمـد حسين- مرجع سابق ص٨٠.د.حسن جميعي عقود برامج الحاسـب -مـرجع سابق .ص ٢٣٦ ود.حسام لطفي - عقود خدمات المعلومات -مرجع سابق ص ٨٦-٨٧ .

(٢) .راجع المواد٦٤٧ الى ٦٥٤ من القانون المدني المصري والمواد ٨٧٣ الى ٧٩١ من القانون المدني الأردني والمواد ٨٠٢ الى ٨١٩/ مشروع مدني فلسطين وراجع محمد لبيب شـنب -عقد المقاولة- مرجع سابق من ٨٥-٩٥. ود.السنهوري- الوسيط - مرجع سابق المجلد السابع ج١ ص ٦٨ ومابعدها.

بـــرنامج حاسب مهما كانت دقة العمل لا يحتوي على أخطاء يجب مواصـــلة التعامل معها وتصحيحها أثناء التشغيل وهذا يؤدي الى أن المقـــاول في مجال برمجة وإنتاج برامج الحاسب الآلي ملتزم ببذل عناية وليس تحقيق نتيجة [١] (طبعاً ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلـــك) شانه شأن الطبيب في علاج المرضى أو المحامي في الدفاع عن المتهمين عليه بذل الجهد الكافي والعناية الضرورية وفق قواعد وأصـــول المهنة والمعطيات العلمية [٢] لذلك نجد أن الصفة الغالبة فـــي عقود المعلوماتية أن تسليم المحل طبقاً للمواصفات المحددة لا يعنـــي أن يكون مطابقاً تماماً فلا ضير من ظهور بعض العيوب او المصاعب مثل العطل المؤقت في معالجة البيانات فهذه أمور معتادة فـــي مجال البرامج حتى أن القضاء الفرنسي اعتبر أن المبرمج أو المـــتعهد لا يـــسأل عـــن العيوب إذا لم يتجاوز تأثيرها ١٠% من مواصفات البرنامج معتبراً أن هذه المصاعب لا تدخل ضمن شروط المطابقة للمواصفات[٣].

ولكن هذا أيضاً لا يعني أن قضية تحقيق النتيجة مهملة في عقود إعـــداد البرامج فإذا تخلفت الوظيفة الأساسية للبرنامج محل الإعداد

---

(١).مـــع هذا الرأي كل من د.حسام لطفي –عقود خدمات المعلومات – مرجع سابق ص ٨٠-٩٦ د.حسن جميعي – عقود برامج الحاسب –مرجع سابق –ص٣٣٦.

(٣) د.حـــسام لطفـــي – المرجع السابق ص ٨٨ وهامش ص ٦٨ ود.جمال عبد الرحمن علي – مرجع سابق ص ٨٨ وهامش ص ٦٨ ود.جمال عبد الرحمن علي – مرجع سابق ص ٧٠-٧١.

(٤) Caparis.25,ch.a.10.avril.1990. juris- data,n^0 21244. أشار اليه د/ نوري حمد– مرجع سابق ص١٥٤.

فإن المقاول يسأل عن عدم تحقيق النتيجة وهذه ليست قضية أخطاء يتم التسامح في بعضها فلو اتفق الأطراف على إعداد برنامج للتغلب علـــى معضلة معينة كما حصل عندما اتفقت إحدى شركات الحاسب وإحـــدى شركات البرمجة على إنتاج برنامج لمواجهة فيروس العام ٢٠٠٠ الـــذي كـــان من المتوقع أن يؤدي إلى تدمير لكافة شبكات المعلـــومات عـــند دخول عام ٢٠٠٠ فقامت شركة البرمجة باعداد برنامج " u.c.c.s.2-215" لمواجهة الفيروس إلا أنه لم يكن مطابقاً للـــشروط المتفق عليها من حيث القدرة على مواجهة الفيروس مما اســـتوجب الـــرجوع علـــى المبرمج لضمان الضرر وذلك لإخلاله بالتـــزام اساســـي هو تحقيق الغاية التي من اجلها تم إبرام العقد [١] وهـــنا نعود إلى الأحكام العامة في عقد المقاولة والتي تفرض على المقـــاول التزاماً بتحقيق نتيجة بالإضافة إلى التزامه بضمان العيوب خـــصوصاً، إذا ما تم الاتفاق مسبقاً على غاية محددة ووظيفة معينة ســـيقوم بها البرنامج بعد إعداده فيكون (تحقيق النتيجة) واضحاً منذ البداية بخصوص العقد.

ولـــيس التزاماً بتحقيق نتيجة ونحن مع هذا الرأي وذلك لأسباب عـــدة أولهـــا أن المبـــرمج أو المنـــتج لا يستطيع أن يلبي حاجات المـــستخدم بالكامـــل لأنها متغيرة وغير محددة وثانيها أن للمستخدم دور فـــي تطابـــق البرنامج محل الإعداد مع المواصفات وذلك عبر طريقة استخدامه وعبر إفصاحه تحديداً عما يريد وثالثهما أن نظام

---

(١) Susan.H.poole.The. millennium bug.htlp//wing.baffalo.edu.complaw.p3-4.

إعداد البرامج "المعلوماتية" يعتمد على أسس علمية معقدة وحسابات دقيقة لا يمكن احتوائها جميعاً مهما بذل المبرمج من جهد خصوصاً وأنهـــا تعتمد على قريحة الذهن وإبداعاته. لهذا كله نرى أن التزام المبرمج هو تقديم أفضل البرامج المتاحة والمعلومات عنها للمستخدم بحيث يحقق له نتائج مرضية بمعيار الشخص المعتاد دون أن يكون ملتـــزماً بتحقـــيق نتـــيجة إلا إذا نص العقد على ذلك كما بينا سابقاً فـــيكون فـــيها ملتزماً بتقديم برنامج يقوم بالوظيفة التي تم تحديدها حصراً في العقد.

وكـــل ذلك يستتبع إعطاء المستفيد أو المستخدم مهلة كافية للتأكد مـــن مواصفات البرنامج وهي ما تشير إليه أغلب عقود المعلوماتية "بفترة الاختبار" فلا يستطيع المستخدم أو المستفيد استظهار، عيوب البـــرامج فـــي فترة قصيرة بل لا يكون ذلك، إلا من خلال تشغيلها وأخـــذ فترة كافية من الوقت للحكم عليها، فإن لم تؤدي وظائفها أو ظهـــر بهـــا عيوب فعلى المتعهد "المبرمج أن يضمن ذلك" وهذا ما ســـوف نبحـــثه في المطلب التالي من التزامات المتعهد.ويستدل مما تقدم ان التزام المبرمج في تسليم البرنامج طبقاً للمواصفات المحددة في العقد هو التزام ببذل عناية .

المطلب الثاني

التزام الضمان

يلتـــزم المبـــرمج أو المنـــتج بعد تسليم البرنامج بضمان العيوب الخفـــية التـــي قـــد تظهـــر عليه لاحقاً ويلتزم كذلك بضمان ما قد يتعـــرض له المستخدم أو المستفيد من الغير أو من المبرمج نفسه تعرضاً قانونياً أو مادياً وذلك تبعاً للقواعد العامة في نظرية العقد أو للقواعد الخاصة في العقود المسماة كالبيع والإيجار والمقاولة[1].

وعلى ضوء ذلك سنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين ، ندرس في الفرع الأول العيوب الخفية في عقود الإعداد وندرس في الفرع الثاني قضية ضمان التعرض والاستحقاق في هذه العقود.

الفرع الأول

العيوب الخفية في عقود إعداد البرامج

توضيح لا بد منه:

يقـــع على عاتق المنتج أو المبرمج التزام قانوني بضمان العيوب الخفـــية وذلـــك عـــندما نكون بصدد عقد من عقود البيع أو الإيجار بالنسبة لبرامج الحاسب الآلي وذلك إعمالاً لنصوص القانون المدني في كل من مصر والأردن وفلسطين المشار إليها أعلاه:

---

(١). راجع المواد ٤٣٣، ٤٣٤، ٤٤٧،٤٣٩، من القانون المدني المصري والمواد والمواد ١٩٣-١٩٨، ٥٠٣-٥٢١ مـــن القانون المدني الأردني والمواد ١٧٢ و ١٧٣ و ٥٠٠ - ٥١٠ مشروع مدني فلسطين.

ولكـــن يـــذهب جانب من الفقه[1]، أن ضمان المنتج أو المبرمج للعـــيب الخفي لا يصلح للتطبيق في شان برامج الحاسب الآلي التي تـــم الـــتعاقد على تصميمها وتوريدها بحجة أن هذا العقد يعتبر من عقود والمقاولة التي لا ترد على شيء أو

علـــى خدمـــة وإنما يتعلق هذا العقد بالقيام بتنفيذ عمل خاص من خـــلال إنتاج برنامج خاص بالمستخدم لا يمكن للغير الاستفادة منه ولا يتـــساوى مع عملية البيع أو الإيجار التي يتم من خلالها ضمان العيب الخفي في مثل هذا النوع من العقود.

فقد ذهب هذا الجانب الى عدم إمكانية إلزام مقاول إعداد البرامج بـــضمان العـــيوب وفق القواعد التقليدية منطلقين من ان مسؤولية المقـــاول حسب القواعد العامة لا تتقرر إلا بشأن العيوب التي أمكن الـــتحقق منها وقت معاينة العمل وإقراره وان القول بغير ذلك يؤدي إلى التوسع والتمديد في مسؤولية المقاول على عكس إرادة المشرع، بحيث يرى هذا الجانب من الفقه انه في غير الحالات الخاصة بإلزام المقـــاول بضمان العمل حسب النصوص الواردة في عقد المقاولة، فـــإن المقـــاول معفي من المسؤولية عن ضمان العيوب سواء كانت ظاهـــرة أو خفية منذ تاريخ قبول المستخدم للعمل أو البرنامج الذي تم تنفيذه لصالحه[2].

---

(١).د/ حـــسن جميعـــي عقد برامج الحاسب الآلي- مرجع سابق ص٢٤٩ ود/أحمد عبد العـــال أبـــو قرين ضمان العيوب الخفية وجدواه في محال المنتجات المعيبة- دون ناشر اوسنة نشر ص٦٦-٦٧، د/ محمد لبيب شنب- مرجع سابق ص ١١٩-١٢٠

(٢) د/ محمد لبيب شنب، مرجع سابق فقرة ١٠٣، ص١١٩.

بينما ذهب أغلب الفقه ونحن معه بقبول إقرار مسؤولية المقاول عن ضمان العيوب الخفية حتى في عقود مقاولات البناء التي تتسم بأنها تتضمن أشد صور المسؤولية الخاصة بالمقاول[1]. ويذهب الفقه في توضيح ذلك بأنه إذا كان العيب خفياً بحيث أن المستخدم لم يعلم به وقت القبول ولم يكن في وسعه أن يكتشفه ولو بذل في معاينة العمل وفحصه عناية الشخص المعتاد فإن هذا القبول لا يبرئ المقاول من الالتزام بضمانه ذلك ان القبول باعتبار انه موافقة من المستخدم على العمل الذي قام به المقاول وإقراراً منه بان هذا البرنامج مثلاً مطابقاً لما هو متفق عليه لا يمكن أن يعتد به إلا إذا صدر والمستخدم عالم بكل ظروف وتركيبات البرنامج، فإن كان في الظاهر كذلك ثم تبين أن به عيباً خفياً فلا يمكن أن ننسب إليه أنه أقره على ما به من عيوب ما دام لا يمكنه اكتشافها ولم يعلم بها وهذا حكم ينطبق سواء كانت العيوب متعلقة بالمواد التي دخلت في صناعة البرنامج أو بالعمل نفسه الذي قام به منتج البرنامج[2].

---

(١) د/ ثروت فتحي اسماعيل- مرجع سابق ص٢٥٨. د/ أحمد عبد العال أبو قرين- مرجع سابق ص٧٤. د/ حسن جميعي، عقود برامج الحاسب، مرجع سابق ص٢٥١ و د/ محمد لبيب شنب- مرجع سابق ص١١٨ولقد ايد القضاء المصري هذا التوجه الفقهي فصدر حكم محكمة النقض المصرية مقرره ان قبول رب العمل لا يعافي المقاول من ضمان العيوب الخفية وقت التسليم اذا لم يكن يعلمها رب العمل لان التسليم ولو كان نهائي لا يغطي الا العيوب الظاهرة لرب العمل وقت التسليم -نقض مدني ١٩٦٧/٤/١٣ طعن رقم ٣٤٥ س ١٨ق-مجموعة المكتب الفني ص ٨٣٥ .

(٢). د/ نصيرة بو جمعة سعدي- مرجع سابق ص٧٢ و د/ عزة خليل – مرجع سابق ٨٥-١١٢ ود/ حسن جميعي – مرجع سابق ص٢٥٢.

ويضيف الفقه في هذا المجال أيضاً أن عقد إعداد برامج الحاسب الآلـــي يعتبـــر مـــن عقود المعاوضة التي تستوجب الضمان للعيب الخفي لأنه يفرض التزامات على الطرفين وكذلك لأن عقد الإعداد ينص على شيء غير محدد وقت إبرام العقد دائماً هو شيء مستقبلي ممـــا يلـــزم المبـــرمج بضمان العيب الخفي حتى يستطيع المستخدم الانـــتفاع بالبرنامج بالشكل الأمثل ولذلك فإن إمكانية تطبيق الشروط الخاصـــة بالعيب الخفي في القانون المدني على عقود إعداد برامج الحاسب الآلي هي حاجة عملية قبل:

أن تكـــون مـــشروعة قانونياً وخصوصاً وأننا قد لمسنا من خلال دراستنا لبعض جوانب هذا العقد ان طبيعته تتحدد بناء على الشروط الـــتعاقدية التـــي يتفق عليها الأطراف وفي ضوء الهدف من توريد البرامج فإن كان التعاقد على تصميم برنامج لأحد عملائه يعتبر عقد مقاولـــة مـــثلاً إلا أن طبـــيعة هـــذا الحق الوارد على البرنامج لا يـــتعارض مـــع إمكانـــية التنازل عن الحق المالي في استغلال هذا البـــرنامج ممـــا يعنـــي إمكانية التصرف في الحقوق الواردة على البرامج وبيعها وإذا كانت طبيعة العقد مثلاً ترخيصاً بالاستعمال فإننا بـــصدد نظـــام قانوني يتشابه مع نظام تأجير الأشياء المادية ويعني ذلـــك إمكانية خضوع العقود الواردة على برامج الحاسب الآلي في هـــذا النطاق للقواعد القانونية المنظمة لعقد الإيجار ونستخلص من هذا التوضيح أن عقود إعداد برامج الحاسب الآلي وسواء كانت بيعاً أم إيجـــارا ام مقاولة تنطبق عليها شروط العيوب الخفية وضمانها الـــواردة فـــي القـــواعد العامة طالما أمكن إخضاعها لذات النظام

القانونـــي المنظم لهذه العقود[1]. وبعد هذا التوضيح وبيان انه حتى في عقود مقاولة الإعداد فإن الفقه والقضاء متفقان على إلزام المنتج بـــضمان العـــيب الخفي خصوصاً وأن هذا العيب يظهر على شكل مـــادي بطريقة عمل البرنامج ولا علاقة له بحقوق المنتج المعنوية البتة فإننا سنحاول من خلال هذا الفرع تبيان ماهية العيب الخفي في البرامج ولماذا يجب ضمانه و شروط وكيفية التمسك بالعيب الخفي في ضوء الصعوبات التي تكتنفه في عقود الإعداد .

أولاً: تعريف العيب الخفي:

لـــم يعـــرف القانـــون المدني المصري العيب الخفي ولا القانون المدني الأردني أو مشروع القانون المدني الفلسطيني وإنما اقتصرت هـــذه القوانين على تحديد الشروط الواجب توافرها في العيب حتى يكـــون موجـــباً للضمان وقد عرفت محكمة النقض المصرية العيب بأنـــه (الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع)[2]. هذا وقـــد عرفه بعض الفقه بأنه حالة تظهر في المبيع لا تتوفر في مثله وتـــؤدي إلـــى الحـــط من قيمة الشيء أو من المنفعة المرجوة منه [3]بيـــنما ذهـــب البعض الآخر بأنه المنتج الذي لا يقدم الأمان من

---

(١) د. نوري حمد خاطر- مرجع سابق ص١٧١.

(٢). قـــرار نقض ١٩٨٩/١٠/٣٠ طعن ٩٨٨ س ٥٣ ق. نقلاً عن المستشار أنور طلبة مجمـــوعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية- ج ١ منشاة المعارف- الاسكندرية ١٩٩٦ ص٥١١.

(٣).د/ محمـــد لبيب شنب- شرح أحكام عقد البيع- دار النهضة العربية- القاهرة ١٩٦٢ ص٢٠٦ و د/ محمد شكري سرور – شرح أحكام عقد البيع- القاهرة ١٩٩٧ ص٥٠٠.

خلال الصفة الخطرة التي تتوفر فيه[1]. وعرفه الدكتور عبد الناصر العطـــار بأنـــه (نقيصة يقتضي العرف سلامة المبيع منها غالباً)[2]. وتـــرى الدكتورة عزة خليل ونحن معها أن العيب الموجب للضمان هو العيب الذي توفرت فيه الشروط التي نص عليها القانون[3].

ومـــن خـــلال مضمون هذه التعريفات نلاحظ أن مضمونها واحد وهو أن هذا العيب خارج عن إرادة أطراف العقد ولا دخل لهما به أي أنه خارج عن المعتاد توافر بعد إتمام و إنجاز البرنامج وتسليمه للمـــستخدم وحـــال دون إمكانية انتفاعه به وأكثر من ذلك فإنه في بعـــض الحـــالات يمكن أن يؤدي إلى تدمير البرنامج وإحداث خللاً كبيراً ينتج عنه خسائر مادية ومعنوية أيضاً للمستخدم[4].

---

(١). د/ محمـــد السيد عبد المعطي خيال- المسؤولية عن نقل المنتجات المعيبة ومخاطر التقدم- دار النهضة العربية- القاهرة- ١٩٩٨ ص٢٥.

(٢)د. عـــبد الناصر توفيق العطار – استقراء لماهية العيب وشروط ضمانه في القانون المصري – مجلة العلوم القانونية والاقتصادية – جامعة عين شمس يوليو ١٩٧١ص ١٣.

(٣). د/ عزة خليل. مرجع سابق ص ٨٦.

(٤) انظـــر في ذلك حادثة مشهورة حدثت في الولايات المتحدة الأمريكية ونشرتها جريدة نيويورك تايمز في ملحقها التشريعي في ٢٥/ اكتوبر ١٩٩٠، فيما بين شركة ريفلون ضد شركة لوجيستكون حيث تعاقدت الأولى وهي شركة كبرى في مجال صناعة مواد التجميل مـــع الثانـــية وهي شركة كبرى في مجال صناعة برامج الحاسب وتوزيعها على ان تقوم بإنـــتاج بـــرنامج يـــتحكم في توزيع الإنتاج والمبيعات لصالح الأولى في ١٩٩٠/١٠/١٦ فوجـــئت شركة مواد التجميل (المستخدمة) بشلل كامل في نظام الحاسب استمر لمدة ثلاثة أيـــام وأدى الـــى تعطيل مئات العمال عن العمل وتأخر المستخدمة عن القضاء بالتزامات تجـــاه عملائها بلغت قيمتها ٢٠ مليون دولار وقد أثبتت تقارير الخبراء أن السبب في ذلك هو فيروس كان موجود في البرنامج من خلال مراحل تصنيعه.

Pollack Andrew . Revlon V.Logistication . New York times. Vol 140 -, pagination p.c1N,1 ,oct 25,1990 .

وعلـــى ذلـــك وبمـــا أن طبيعة عقد إعداد البرامج تكون نتيجتها مستقبلية أي أثناء العمل ولا يمكن معرفتها عند إبرام العقد ولا حتى عـــند اســـتلام البـــرنامج أو إجراء اختيارات مقبولة[1]،لان الطبيعة التقنية والفنية للبرامج تدل على انه يمكن أن تظهر عيوبها بعد فترة مـــن العمل وليس عند البدء باستخدامها وبالتالي يجب على المبرمج أو المورد ضمان هذه العيوب وفق شروط يجب أن تتوفر فيها حتى يمكن اعتبارها عيوباً مستحقة للضمان أو منشأة له.

ثانياً : شروط العيوب المنشئة للضمان في مجال إعداد البرامج:

يجـــب أن تتوفـــر بعض الشروط لكي يعتبر العيب خفياً وموجباً للـــضمان ففي مجال برامج الحاسب يجب أن يكون العيب قديماً أي موجـــود في البرنامج قبل تسليمه وان يكون غير ظاهر أثناء عملية التـــسليم او فتـــرة التجـــربة وإنما يبدأ بالظهور بعد مرور فترة من الاستخدام بحيث لم يكن المستخدم يعلم به فلو كان على بينة منه فان حقه بالمطالبة بالضمان يسقط هذا بالإضافة الى انه يشترط في هذا العـــيب أن يكـــون على درجة من الجسامة التي تحول دون تمكين المـــستخدم من الانتفاع بالبرنامج بحيث يحدث خللاً يمكن أن يؤدي

---

(٢). لا يمكن الاحتجاج بعدم مطابقة البرنامج للمواصفات عند تسليمه بالعيب الخفي وذلك لان عـــدم مطابقـــة البـــرنامج للمواصفات يعتبر شرط من شروط التسليم وبالتالي يتم من خلالها الرجوع على المبرمج من خلال المسؤولية العقدية أي الخلل في تنفيذ العقد أدى الى الإخلال بالتزامات المبرمج العقدية –راجع في ذلك د.احمد عبد التواب بهجت – تطبيقات أحكام القانون المدني بشان بعض مجالات المهن الفنية والهندسية –دار النهضة العربية – القاهرة ٢٠٠٠ ص ١١٨ .

إلـــى تدميـــر كلي أو جزئي للبرنامج وسنحاول فيما يلي بيان مدى انطباق شروط العيب الخفي الذي حددها المشرع المدني سواءً في مـــصر او في الأردن وكذلك في مشروع القانون المدني الفلسطيني علـــى بـــرامج الحاسب الآلي ١- يشترط في العيب لكي يثبت به الخيار أن يكون العيب قديماً مؤثراً في قيمة المعقود عليه وان يجهله المـــشتري وان لا يكون البائع قد اشترط البراءة منه[١]. وقد استقر الفقـــه على وجوب قدم العيب في الشيء المبيع حتى يكون موجباً للـــضمان أي أن يـــضمن الـــبائع العيب الخفي الذي يثبت أنه وجد بالمبـــيع قـــبل تـــسلمه وإن لم يطرأ عليه إلا بعد البيع "الاستخدام وبعـــبارة أخـــرى يكون العيب قديماً إذا كان سابقاً في الوصول إلى المبيع على انتقال الملكية للمشتري[٢].

وبتطبيق ذلك على برامج الحاسب الآلي نجد أن العيب الذي لحق بالبرنامج لا يمكن إلا أن يكون قديماً أي ففي مرحلة إنتاج البرنامج

---

(١). تنص المادة ١/٤٤٧ من القانون المدني المصري (يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوافـــر فـــي المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه أو إذا بالمبيع شيئ ينقص من قيمته أو المنفعة بحسب الغاية المقصودة والمستفادة مما هو مبين في العقد او ممـــا هـــو ظاهر من طبيعة الشيء او الغرض الذي اعد له ويضمن البائع ولو لم يكن عالمـــاً بوجوده " المادة ١٧٣" من مشروع القانون المدني الفلسطيني جاءت مطابقة للمادة ١٩٤مدني اردني أي نصت على القدم في العيب واشترطته بعكس المشرع المصري الذي لم يذكر كلمة القدم ولكن استقاها الفقهاء من سياق وقصد المشرع في المادة ٤٤٧.

(٢). د/ عبد الرسول عبد الرضا- الالتزام بضمان العيوب الخفية في القانونين المصري والكويتي- رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة ١٩٧٤ ص١٧٩و د/ السنهوري- الوسيط- مرجع سابق- المجلد الرابع ص٧٢٢و د/ اسماعيل غانم- الوجيز في عقد البيع- مكتبة عبد الله وهبة القاهرة١٩٩٣ ص٣٣٦.

لأنهـــا أخصب المراحل للخطأ الذي يحدث عيباً (أي مرحلة تصميم البـــرنامج وبناءه)[1]، فإن توفر في العيب القدم وحتى يكون موجباً للـــضمان فلابـــد مـــن عدم معرفة المستخدم به أو مشاهدته له عند التـــسليم أي لابد أن يكون خفياً سواء عند إبرام العقد أو عند تسلمه للبـــرنامج وتجـــربته فإذا كان المستخدم عالماً بهذا العيب أو قادراً علـــى اســـتجلاءه والعلم به بسهولة[2] فإنه يكون من ضمن العيوب الظاهـــرة التـــي تعتبـــر من العيوب التي تم التنازل عنها ضمناً من خـــلال تـــسلمه للبرنامج وموافقته أثناء فترة تجربته عليها وهو أي المستخدم عالم بها.

علمـــاً بأنـــه ليس من السهل القول بإمكانية علم المستخدم بالعيب الخفـــي الذي يتوافر في البرنامج انطلاقاً من ضحالة معرفته وعلمه بأصول وتقنية البرمجة، فالعيب الخفي في مجال برامج الكمبيوتر لا يمكن اكتشافه من قبل الشخص الطبيعي، لأنه يكون غير ظاهر له، فلـــو تمكن من اكتشافه فلا يعتبر عيباً خفياً لأن المشرع قد اشترط عدم إمكانية تحديد هذا العيب من قبل الشخص الطبيعي لأنه شيء

---

(1) يـــشبه بعـــض الفقـــه مرحلة بناء نظام معلوماتي ببناء منزل من حيث اعداد الرسوم والتـــصميمات كـــذلك فـــإن بـــناء أو انتاج برنامج تسبقه مراحل عدة منها مرحلة تعريف المشكلة المراد بناء برنامج لحلها ثم مرحلة المدخلات و المخرجات ثم تأتي مرحلة كتاب البرنامج (تصميمه) بلغه معينة وسواء كان هذا البرنامج سيتم طرحه للبيع أو سيتم اعداده بـــناء علـــى عقد مقاولة فهذه مراحل تسبق عملية البيع والتسليم وبذلك طبعاً سيكون العيب قديماً- للتوضيح راجع د/ عزة خليل – مرجع سابق ص٩٩.

(٢) . راجع المواد ٢/٤٤٧ مدني مصري و ٥١٣ /٤ مدني اردني و ٢/٥١٥- مشروع مدني فلسطيني.

من الأمور الخفية التي لا يمكن ببيانها بسهولة، ويتم اكتشافه من قبل خبير في البرمجة بحيث إذا تم اكتشافه من قبل هذا الخبير الذي يقوم بالكشف والفحص المستمر لمثل هذه البرامج يوجب الضمان ويرتب المسؤولية على المبرمج "أو المنتج" لان العيب في هذه الحالة لم يكن ظاهراً وتم اكتشافه متوافراً به بشرط القدم[1]. فإن تم تحديد هذا العيب وكان متوفراً في البرنامج قبل تسليمه وتجربته من قبل المستخدم ولم يثبت إن المستخدم باستخدامه الخاطئ أو بعدم التزامه بشروط المبرمج كان سبباً في حدوثه، وكان العيب قد ظهر أثناء الاستخدام للبرنامج فإن المبرمج يكون مسؤولاً عن هذه العيوب وملتزماً بضمانها هي وأي عيوب مستقبلية تظهر أثناء الاستخدام ويكون المستخدم لا يعلم بها.

٢/ أن يكون العيب مؤثراً: لكي يستطيع المستخدم الادعاء بوجود العيب الخفي فقد اشترط المشرع أن يكون هذا العيب مؤثراً بالإضافة لكونه قديماً وخفياً، ويكون العيب مؤثراً إذا تم حدوث نقص في أداء الوظيفة المرادة من البرنامج ويرجع في تحديد الوظيفة أو المنفعة التي أرادها المستخدم من البرنامج إلى عدة معايير يتم من خلالها تحديد مدى تأثير العيب الخفي على البرنامج، فالعيب المؤثر يكون على قدر من الأهمية بحيث لو علم المستخدم

---

(١). د/ محمد لبيب شنب/ عقد البيع- مرجع سابق ص٤٣ ود/ حسن جميعي- عقود برامج الحاسب- مرجع سابق ص ٢٥٦-٢٥٩.

بمدى تأثيره قبل التعاقد لامتنع عن التعاقد وقام بالبحث عن برامج أو عروض أفضل تحقق غاياته[1].

وبالرجوع إلى المادة ٤٤٧ من القانون المدني المصري في فقرتها الأولى نجد أن فيها معايير تحدد توافر المنافع المقصودة من الشيء من عدمها وهو في حالتنا البرنامج محل العقد وهذه المعايير تتسم بالطابع الموضوعي وهي الغاية التي تم إعداد البرنامج من أجلها وبالتالي لا يعتد بالعيب الخفي، إلا إذا كان ينتقص من مقدرة المستخدم من الانتفاع من البرنامج حسب الغاية التي تم من أجلها إعداد هذا البرنامج[2] .

ولكون المعيار موضوعي في تحديد هذه الغاية فيجب النظر إلى طبيعة البرنامج مع تأثير هذا العيب على المنفعة المرجوة منه أو الوظيفة المناطة به، ويرجع في تحديد ذلك إلى علم المبرمج بهذه الغاية ووضوحها بالنسبة إليه، فقد تكون واضحة وظاهرة ولكن يختلف الطرفين في تفسيرها فالمستخدم يقصد بها شيء والمبرمج يتوصل إلى شيء آخر وبالتالي لضمان العيب الخفي يجب على الطرفين العلم بالغاية الظاهرة والمنفعة المرجوة من الاستخدام وان تلك الغاية وطبيعة البرنامج أدت إلى إبرام العقد وإنتاج البرنامج[3].

---

(١).د/ محمد لبيب شنب- عقد البيع- مرجع سابق ص٢٠٩-٢١١. د/ محمد شكري سرور – شرح احكام عقد البيع- القاهرة- ١٩٩٧ ص٥١٥.

(٢). د/ محمد شكري سرور- مرجع سابق ص ٥١٤ و د/ حسام الدين الأهواني- عقد البيع- مرجع سابق ص ٦٣١.

(٣).د/ حسام الدين الأهواني-عقد البيع مرجع سابق، ص٦٧٢، د/ محمد لبيب شنب- عقد البيع- مرجع سابق ص ٢٠٩.

والغرض الذي أعد من أجله البرنامج، فإن أثر العيب في الغرض من إعداد البرنامج كأن كان المقصود من إعداده استخدامه في عدة أمـــور فتبين عدم مقدرته على معالجة أمر منها أثناء الاستخدام فإن هـــذا يعتبـــر عيباً خفياً يوجب مسائلة المبرمج وبالتالي ضمانة لهذا العـــيب لان الغـــرض لم يتحقق كاملاً وبالتالي لم تتحقق الغاية من التعاقد بأن قام المبرمج بالإخلال بطبيعة البرنامج.

وبالتالي يمكن القول أن مقياس مدى تأثير العيب على البرنامج ما هـــو إلا قياس مادي أو موضوعي يتجسد في كون هذا العيب يعيق القـــدرة مـــن الانتفاع بالبرنامج مما يؤثر في قدرته الإنتاجية ويؤثر بالتالي على الغرض الذي تم من أجله إعداد البرنامج والتعاقد عليه ويمكـــن اعـــتماد اتفاق الأطراف وغاياتهم من التعاقد على طبيعة معيـــنة للبرنامج معايير تمكن من استظهار مدى توافر وتأثير العيب الخفي الموجب للضمان[1].

إذا توافـــر هذين الشرطين فإن المبرمج أو المنتج يكون مسؤولاً عـــن ضـــمان العيب الخفي المتواجد في البرنامج من قبل والذي لم يـــتمكن المـــستخدم مـــن اكتشافه لحاجته إلى خبرة فنية وتقنية غير متوفـــرة وهي بحاجة خبير في البرمجة(رجل معتاد) بالإضافة لكـــون هذا العيب مؤثراً وجسيماً بحيث لم تتحقق به الغاية المرجوة مـــن البـــرنامج أو الوظيفة المناطة به والتي من أجلها تم التعاقد تتم مـــساءلة المبـــرمج أو المنتج عن هذه العيوب أو هذا العيب، أي أن ارتـــباط هـــذين الـــشرطين ضروري لتوافر العيب وبالتالي مسائلة

---

(١). د/ حسام الدين الأهواني- مرجع سابق، ص٦٧٣.

المبـــرمج[1]. هذا مع العلم أن العيب الخفي لا يعتبر مؤثراً إذا جرى العرف والتعامل التجاري على التسامح فيه[2].

ثالثاً: أسباب ضمان العيب الخفي في عقود الأعداد

بعد أن وضحنا ماهية العيب الخفي واتفقنا على أن أحكامه تنطبق علـــى عقد المقاولة كما في العقود الأخرى وبعد أن بينا شروطه في مجـــال إعداد البرامج يثار السؤال عن السبب أو الدافع الذي أوجب ضـــمان هـــذا العيب من قبل المبرمج والذي يقود في الإجابة عليه وبحـــثه الـــى بحـــث العلاقة فيما بين أطراف العقد التي توجب هذا الـــضمان هـــل هي علاقة عقدية ؟ على الرغم من تنفيذ العقد بقبول البـــرنامج وتـــسليمه وبالتالي انتهاء العقد ام هي علاقة غير عقدية وخـــصوصاً عندما يفي أطراف العقد بالتزاماتهم كافة وبالتالي يكون العقد قد تم تنفيذه؟

---

(١). د/ عزة خليل- مرجع سابق ص١٠١-١٠٤.

(٢). تـــنص المادة ٤٤٨ مدني مصري (لا يضمن البائع عيباً جرى العرف على التسامح فـــيه) تقابل المادة ١/٥١٢ مدني أردني و ٥١٦ مشروع مدني فلسطيني. وقد جرى عرف صـــناعة البرمجيات على التسامح في أخطاء بنسب لا تتجاوز ١٠% من وظائف البرنامج وجرى العرف على التسامح في قضية الفيروسات طالما لم يثبت وضعها خصيصاً من قبل المبـــرمج أثناء مرحلة التصميم ليقوم بتشغيلها، في أي وقت يشاء تحقيقا لغاية معينة منها عـــدم دفـــع المستخدم للمقابل المادي فيقوم بالضغط عليه أو اجبار المستخدم على التعاقد معـــه= =علـــى الـــصيانة أو إعادة البرمجة ...الخ، راجع في ذلك د/ فاروق الحفناوي/ موســـوعة قانـــون الكمبيوتـــر ونظم المعلومات. عقود البرمجيات ص٨٠-٨٥ و د/ عزة خليل- مرجع سابق ص٨٥-١٠٥ و

.Richard Rays man and peter broun . computer law.p.r.p6-8

في البدء نقول أنه يتوجب أن يكون هناك عقد أبرم لأعداد البرنامج وأن هذا العقد قد تم تنفيذه وتسليمه للمستخدم وكان خالياً من العيوب عند فحصه واختباره ومن ثم قبوله والبدء باستخدامه، لكون هذا العقد من قبيل عقود المقاولة يتوجب على المبرمج أن يلتزم بضمان العيب الخفي انطلاقاً من كونه هو من صمم ونفذ "أعدّ" برنامج الحاسب وفق احتياجات وطلبات المستخدم لكي يتمكن المستخدم من الانتفاع بالبرنامج ويحقق غايته منه[1].

وبالتالي فان ضمان العيب في هذا العقد نشأ نتيجة لالتزام المبرمج بإعداد برنامج في مقابل مردود مالي وبالتالي فإن المبرمج هو الملتزم بالضمان فيما لو ظهر عيب مس وحط من الوظيفة والغاية الأساسية التي يسعى إليها المستخدم[2]، ونلاحظ أن المشرع قد ساوى فيما بين المبرمج المحترف والمبرمج غير المحترف المحترف. انطلاقاً من الالتزام العقدي بالإعداد [3].

وبهذا يكون المبرمج والمستخدم تربطهما علاقة عقدية وبالتالي فإن مسؤولية المبرمج في ضمان العيب الخفي تكون مسؤولية عقدية إذا ما توافرت شروطه بأن كان متوافراً قبل التسليم وأثر على الانتفاع بالبرنامج تأثيراً جوهرياً وهذا فيما إذا قدم المبرمج المواد

---

(١). د/ أحمد عبد العال أبو قرين/ مرجع سابق ص١١١.

(٢) . د محمد لبيب شنب- عقد المقاولة- مرجع سابق ص١٢٢- ١٢٣- د/ السنهوري- الوسيط- مرجع سابق- المجلد ج١، ص١٠٨.

(٣) . د أحمد عبد العال أبو قرين- ضمان العيوب- مرجع سابق ص١١٠- ١١٢ ود/ محمود السيد عبد المعطي خيال- المسؤولية عن فعل المنتوجات المعيبة ومخاطر التقدم- دار النهضة العربية- القاهرة ١٩٩٨- ص١٤.

الأولـــية التـــي تم إعداد البرنامج من خلالها وتحميل البرنامج عليها "الوســـائل والبـــرنامج" أمـــا إذا تـــم تقديم الوسائل (المواد) من قبل المـــستخدم فإن المبرمج لا يكون مسئولا عن ضمان العيوب الخفية التي تنشأ نتيجة خلل في المواد لأن هذا ليس عيباً في البرمجة وإنما عـــيب بالوســـائط والمـــواد التي تم استخدام البرنامج من خلالها[1] ويـــرجع ســـبب الضمان الرئيسي إلى الخلل في تصرفات المبرمج ســـواءً فـــي التصميم أو في الإعداد أو في الوسائل المستخدمة في التعامل مع البرنامج او في طريقة تحميل البرنامج ... الخ المهم في ذلك ان يكون هذا الخلل خطي وقديم (أثناء مرحلة الإعداد والتصميم) وأن يكـــون مؤثـــراً علـــى إمكانية الاستفادة الجوهرية من عمل البرنامج وأن لا يكون من العيوب التي جرى التسامح بها في سوق البـــرمجيات، هـــذا بالإضافة إلى كونه نتج عن غير قوة قاهرة أو ظـــرف طـــارئ لا علاقة لإرادة المبرمج وعمله فيهما وذلك حسب القواعد العامة[2].

---

(١)- د . محمـــد لبـــيب شنب – عقد المقاولة – مرجع سابق – ص٩٦ . وانظر المواد ٦٤٧ و ٦٤٩ و٦٥٢ من القانون المدني المصري ، وهي تقابل المواد ٧٨٣ و٧٨٦ و٧٨٩ مدمي اردني ، والمواد ٨٠٤ و ٨٠٧ ، ٨٠٩ مشروع مدني فلسطيني

(٢) –. د/ محمد لبيب شنب- عقد المقاولة- المرجع السابق- ص١٣٥. ود السنهوري، المرجع السابق ص١٢٦. د/ محمد شكري سرور مرجع سابق ص٥١٢- ٥١٦.

(٣) –. تـــنص المادة ٦٥٣ من القانون المدني المصري (يكون باطل كل شرط يقصد به اعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان او الحد منه) وهي تقابل المادة ٧٩٠ من القانـــون المدني الاردني والمادة ٨١٠ من مشروع القانون المدني الفلسطيني وكذلك راجع المواد ٤٤٤ و٤٦٤ مدني مصري و ٥١٤ و٥١٥ من مشروع القانون المدني الفلسطيني .

رابعاً/ كيفية الضمان في عقود الإعداد:

فرضت التشريعات المدنية كما رأينا سابقاً ضمان العيب الخفي من قبل المبرمج انطلاقاً من العلاقة العقدية التي تربط بين طرفي العقد وترتب التزامات على الطرفين يكون بموجبها المبرمج مسؤولاً عن تصرفاته التي أدت إلى ظهور عيوب خفية وذلك بإصلاحها والحد من أثارها السيئة عبر إزالتها ومعالجتها وتحمل مسؤولياته عما لحق بالمستخدم من أضرار مادية ومعنوية في هذا السياق علماً بأن هذه التشريعات عينها قد أبطلت أي اتفاق يعقد بين الطرفين ويكون الهدف منه إعفاء المبرمج من ضمان العيب الخفي أو تخفيف مسؤوليته عنه (٣) انطلاقاً من أن هذا العقد هو من العقود التي تتسم بعدم التوازن ما بين الأطراف من حيث الخبرة التقنية والفنية والمهارة في إعداد محل العقد من جانب المبرمج بينما المستخدم لا يكون لديه إلمام بهذه الأمور مما يستوجب اعتبار الاتفاق على الإعفاء من الضمان باطلاً وخصوصاً ما لمسناه في الصفحات السابقة عبر بحثنا لقوانيني حماية المستهلك في هذا المجال إلا أن التشديد في شروط الضمان ومسؤولية المنتج لا توجب أي مخالفة قانونية وهي من الأمور المباحة قانوناً حماية للطرف الضعيف[1].

---

(١) د/ أحمد عبد الرحمن الملحم- نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة- مرجع سابق ص٢٥٠ وما بعدها ود/ محمد حسن قاسم- مرجع سابق ص٥٢٤ د.عادل أو هشمية- مرجع سابق ص١١٥- ١١٨.

فـــإن رفـــض المبرمج ضمان تلك العيوب فإن نصوص القانون تـــسعف المستخدم وذلك بالسماح له برفع دعوى قضائية يطلب من خلالهـــا التنفـــيذ العينـــي بإعادة الحال إلى ما كانت عليه من خلال إصـــلاح العيب وإزالته هو والآثار التي نجمت عنه[1] مع التعويض عن الضرر إذا كان مؤثراً ونجمت عنه خسائر فإن كان العيب الذي لحـــق بالبـــرنامج جسيماً لا يمكن إصلاحه ولا يمكن السيطرة عليه فيكون للمستخدم المطالبة بالتعويض المناسب عن الضرر الذي لحق بـــه جراء هذا العيب، أما إذا كان هناك مجالاً للتنفيذ العيني بإعادة إصـــلاح البرنامج وإزالة الخلل فيكون للمستخدم المطالبة بالتعويض عـــن عـــدم الانتفاع بالبرنامج خلال الفترة الزمنية التي تم إصلاح البـــرنامج فيها، علماً أن سلطة القاضي تخوله الحكم على المبرمج بدفـــع تعويض مباشر عبر الحكم بتغريمه تكاليف الإصلاح والبدل المادي للضرر الذي وقع على المستخدم سواء بتعطيل أعماله أو بما فاتـــه مـــن كسب بسبب العيب في البرنامج دون الحكم عليه بالتنفيذ العيني[2].

وهـــناك شركات برمجة تقوم بسحب البرامج من الأسواق أو من عـــند عملائهـــا فور اكتشافها وجود عيوب فيها وتقوم بإصلاحها أو اســـتبدالها فـــوراً وهـــذه من التصرفات التي تظهر حسن نوايا هذه الـــشركات "المبـــرمج أو المنـــتج" وذلك عبر دلالة عدم توقعها أو

---

(١) . د/ محمد لبيب شنب- عقد المقاولة- مرجع سابق ص١٤٧.

(٢). د/ محمد السيد عبد المعطي خيال- مرجع سابق ص١٠٠ و د/ نوري حمد خاطر- مرجع سابق ص١٦٧- ١٧٠.

معرفتها بوجود العيوب وقبل أن يتم اكتشافها من قبل المستخدمين[١] ويعتبر التزام المبرمج لضمان العيوب الخفية التزام بتحقيق نتيجة وهي عدم حدوث أي خلل في البرنامج ويكفي لإنشاء الالتزام إثبات أن هناك عقداً لإعداد برامج قد تم وأن هذه البرامج قد لحقها عيب حال دون الانتفاع بها توفرت فيه شروط العيب الخفي لتقع بذلك مسؤولية المبرمج عن ضمان هذا العيب سواء بإصلاحه وإعادة الحال كما كانت قبل حدوثه أو بالحكم بالتعويض أو أي طريقة قانونية تراها محكمة الموضوع[٢]، أما إذا حدث العيب أو الخلل بسبب سوء استخدام المستخدم كما بينا سابقاً أو بسبب ظروف طارئة أو قوة ظاهرة مثل زيادة شدة التيار الكهربائي أو أن المستخدم قدم معلومات خاطئة للمبرمج كانت سبباً في حدوث العيب أو قدم مواد معيبة فكل ذلك يخرج من دائرة العيوب التي يضمنها المبرمج.

ويبقى أن نشير أخيراً إلى أن المستخدم ملزم بإبلاغ المبرمج فوراً وبأسرع وقت ممكن بحدوث الخلل أو العيب وذلك بإمكانية تداركه بسرعة من قبل المبرمج "الخبير" قبل أن يتفاقم ويدمر برامج وإمكانيات أكبر، وعلى ذلك تنص أغلب عقود البرامج سواء النموذجية أم ذات الشروط الخاصة[٣]

---

(١) راجع تفاصيل ذلك د/ عزة خليل- مرجع سابق- مبأ حسن النية في تنفيذ العقد وتطبيقاته على البائع المهني للبرامج- ص١٦٢- ١٧٦/.

(٢). د.حسن جميعي – عقود برامج الحاسب – مرجع سابق ص ٢٦٠-٢٦٤ .

(٣) . راجع في هذا الشأن د/ فاروق الحفناوي- عقود البرمجيات مرجع سابق ص١٤٠- ١٤١ وهوامشها وتشير هذه الاتفاقيات دائماً إلى أن المبرمج مسؤول عن ضمان هذه

الفرع الثاني
عدم التعرض في عقود الإعداد

تمهيد :

مـــن القـــواعد المـــستقرة أنه يمتنع على البائع المهني (الصانع أو المورد) القيام بأي عمل يكون من شأنه حرمان المشتري "المستخدم من المبيع كلياً أو جزئياً أو

الانتقاص من قدرته على الانتفاع به الانتفاع الأمثل سواء تم ذلك بتعـــرض الـــبائع مادياً أو قانونياً للمستخدم وسواء تم هذا التعرض بطريق مباشر أو غير مباشر.(١)

وقـــد بين القانون المدني المصري مضمون ذلك في نص المادة ٤٣٩ منه التي نصت على "يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانـــتفاع بالمعيب كله او بعضه سواء كان التعرض من فعله هو ام مـــن فعل أجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشتري ويكون البائع ملزماً بالضمان ولو كان الأجنبي قد ثبت حقه بعـــد البيع إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه)(٢) ومقتضى ذلـــك أن الـــبائع يـــضمن تعرضه الشخصي المادي و القانوني أما

العيوب في حال تبلغ خلال ساعات بحدوث الخلل أو حتى أقل من ذلك وكذلك تحت شروط معينة منها الاستخدام الصحيح للبرامج وعدم نسخها أو تعديلها أو إعادة إنتاجها وكذلك عدم إجـــراء تـــداخلات فـــي الـــدعم الفنـــي أو السماح للغير بمعالجة أي خلل والاطلاع على بروتوكولات البرامج- راجع أيضاً نفس المرجع- ص١٩٠- ١٩٥.

(١). د/ جاســم علي ناصر- ضمان التعرض والاستحقاق في العقود- رسالة دكتوراه- كلية الحقوق جامعة القاهرة ١٩٩٠ ص٤٠ ود/ عزة خليل- مرجع سابق ص٥٣- ٥٦.

(٢) . تقابل المواد ٥٠٣ و ٥٠٩ مدني أردني والمادة ٥٠٨ مشروع مدني فلسطيني.

تعرض الغير فلا يضمنه البائع إلا إذا كان مستنداً إلى الإدعاء بحق علـــى المبيع وهو لا يكون إلا تعرضاً قانونياً "أي أن البائع يضمن تعرض الغير القانوني دون المادي"[١].

وبتطبـــيق ذلـــك على برامج الحاسب الآلي نلاحظ أن التعرض القانونـــي من قبل البائع المهني "الصانع أو المورد" للبرنامج أو من قـــبل الغيـــر للمـــستخدم حدوثه نادرا الوقوع ولا توجد له تطبيقات خاصة في عقود الإعداد ولا يتصور حدوثه إلا في حالة واحدة وهي فـــي البرامج التي تعد خصيصاً لخدمة أغراض منشأة معينة فيما لو قـــام المبرمج أو الصانع ببيع نسخة طبق الأصل من البرنامج الذي أعـــده للمـــستخدم إلـــى مستخدم آخر مخلاً بذلك بشروط العقد وقام الآخـــر بمنازعة الأول في ملكية البرنامج أو البرامج[٢] وهذه حالة نجد الحلول لها في قوانين الملكية الفكرية التي كانت مجال بحث في الفصل الأول من هذا الباب.

---

(١). د/ سليمان مرقص- الوافي في عقد البيع- مطبعة السلام – القاهرة ١٩٩٠ ص٥١٥ - ٥٢٠و د/ جاسم علي ناصر- مرجع سابق ص٤١.

(٢) . يستبعد العاملون في هذا المجال مثل هذه التصرفات من المبرمجين لأن فيها إخلال بـــشرف المهنة وفيها بنود عقدية ملزمة وذات شروط جزائية عالية ويقولون أن من يقوم بـــذلك يحكـــم علـــى نشاطه المهني بالإعدام ولم تسجل الدراسات لغاية الآن قيام منتج أو مبـــرمج بـــرنامج أعد خصيصاً لمستخدم معين ببيعه مرة أخرى لمستخدم آخر لمزيد من التفاصيل يمكن مراجعة

Peter J. Denning-computer under Attack- ACM. Press. USA- 1999. P285.

وانظـــر كـــذلك فاروق الحفناوي قانون البرمجيات- مرجع سابق ص١٥٦ و ما بعدها الملكية في عقود البرمجيات) ص١٧٢- ١٧٦.

أمـــا التعـــرض المقصود حدوثه في مجال إعداد البرامج من قبل الـــبائع المهنـــي للبرنامج هو التعرض الذي لا يستند فيه البائع إلى الإدعاء بحق والذي درج الفقه على تسميته بالتعرض المادي والذي قـــد يكون مباشرة وقد يكون غير مباشر[1] وبالتالي هذا ما سنحاول بحـــثه من خلال هذا الفرع محللين مدى انطباق القواعد العامة في الالتـــزام بـــضمان التعـــرض المـــادي على تعرض البائع المهني للمـــستخدم المتعاقد على إعداد برامج معلوماتية وجزاء إخلال البائع المهني بهذا الضمان.

أولاً: التعرض المادي

يـــتمحور الالتـــزام بعدم التعرض المادي في التزام البائع المهني بالامتـــناع عـــن كل فعل مادي من شأنه أن ينتقص أو يحول دون انـــتفاع المـــستخدم بالبـــرنامج محل العقد وما ترتب له من حقوق بموجب عقد الإعداد، الأمر الذي يوجب عليه أن يمتنع عن أي فعل يحـــول بينه وبين غاياته أو أن يعكر تمام القدرة على الاستفادة من البـــرنامج محل العقد[2] بحيث يكون التزام البائع من هذه الناحية هو التزام بالامتناع عن عمل وهو هنا كما أسلفنا كل عمل من شأنه أن يعكـــر صفو استخدام المستخدم لبرنامجه الاستخدام الأمثل، فقد يقوم المبـــرمج بمـــنح الـــرقم السري الخاص بالبرنامج إلى شخص آخر بحـــيث يستطيع هذا الآخر استخدام البرنامج أو الاتصال به عن بعد

---

(١) . راجـــع فـــي ذلـــك – د. خالد مصطفى فهمي– مرجع سابق ص١٤١-١٧٥. ود/ حمدي عبد الرحمن– مرجع سابق ص٤٨٠– ٤٩٩.

(٢). د/ جاسم علي ناصر– مرجع سابق ص٥٤. ود/ عزة خليل – مرجع سابق ص٥٨.

وتفـريغ محـتواه أو أن يقوم هو نفسه بزراعة فيروس[1] معين في البـرنامج المبـيع بعـد تسليمه، للمستخدم المتعاقد معه إخلالاً منه بالالتـزام بضمان تعرضه الشخصي "المادي" بحيث يفاجأ المستخدم بعد أن تسلم البرنامج من بائعه المهني بالشلل في النظام المعلوماتي وهـو هنا يقوم بذلك بسبب رغبته في الإثراء على حساب المستخدم وإصـلاح الأعطـال التـي تصادفه بمقابل خصوصاً إذا كان عقد الـصيانة غير متوفر أو قد انتهت مدته أو في حالات أخرى يكون البائع المهني نفسه قد تم شراءه من قبل منافسي المستخدم[2].

وقـد يمتـنع المبرمج عن تسليم الرقم السري "المفتاح" الذي به يـستطيع المستخدم الاتصال بالبرنامج الذي يعمل به الحاسب فهذه أيـضاً صـورة من صور التعرض المادي والتي يضمنها المبرمج فالمعـروف أنـه إذا قـام المبـرمج بإعداد نظام معلوماتي وسلمه

---

(١) . الفيـروس فـي اللغة- ذلك الكائن الدقيق الذي لا يرى بالمجهر العادي وينفذ من الراشـحات البكتيرية و يحدث بعض الأمراض- انظر في ذلك المعجم الوجيز الصادر عن مجمع اللغة العربية – القاهرة ١٩٩٠حرف ف ص٤٨٦وفي برامج الحاسب فإن كلمة فيروس يقوم بنفس عمل الفيروس الطبيعي ولكن يكون على شكل برنامج حاسب تدميري [أي أن الفيـروس نفـسه بـرنامج] يتم تصميمه بطريقة تعطيه القدرة على ربط نفسه ذاتياً ببـرامج أخـرى ثـم يتكاثـر ويتوالد ذاتياً في أجزاء من الثانية وينتشر بين هذه البرامج ويدمـرها أو يـشلها عـن أداء وظائفهـا لمزيد من التفصيل راجع د/ علاء الدين فهمي وآخـرون مومـسوعة دلتا كمبيوتر٢ مرجع سابق ص١٣. ود/ عزة خليل – مرجع سابق ص٣٢- ٣٦ و

=David Ferbrache- Pathology of computer Viruses- Springer- Vewlay- London- Ltd 1992. p233

(٢) . د/ عزة خليل- مرجع سابق ص ٧٧ والهامش .

للمستخدم يكون قد تنازل عن حقوق استعمال أو استغلال هذا البرنامج "حسب الحال" فليس من حق هذا المبرمج أن يستمر في استغلال هذا البرنامج "إلا إذا تم الاتفاق على ذلك" سواء استغلاله مباشرة منافسة للمستخدم أو السماح للغير باستعماله واستغلاله.

ففي كل هذه الحالات يمكن للمستخدم أن يلجأ إلى قواعد التعرض والاستحقاق لضمان حقه[1] بالإضافة إلى فرصته في اللجوء إلى قوانين الملكية الفكرية وبالذات عند تطرقها للاستنساخ غير المشروع للبرنامج[2] والتي تشكل صورة أخرى من تعرض المبرمج أو السماح للغير بالتعرض للمستخدم. فإن أراد المستخدم التمسك بقواعد التعرض والاستحقاق التقليدية فلتطبيق ذلك ولإلزام المبرمج بضمانها يجب أن يتوافر شرطين وهما:

١. أن يكون من شأن هذا التعرض أن يحول كلياً أو جزئياً من انتفاع المستخدم الانتفاع الأمثل من البرنامج وذلك تطبيقاً للمادة ٤٣٩ مدني مصري المشار إليها سابقاً وحيث أن قيام المبرمج بالتعرض للمستخدم عبر الطرق التي تحدثنا عنها في هذا الفرع أو طرق أخرى كثيرة في هذا المجال بالتأكيد ستحول دون انتفاع المستخدم الانتفاع الأمثل بالبرنامج محل العقد فتفعيل

---

(١) . طبعاً يمكن له الرجوع إلى قوانين الملكية الفكرية "حقوق المؤلف" التي تمنع المؤلف من استغلال مصنفه استغلالاً مادياً إذا تنازل عنه للغير راجع المادة ١٤٩- ملكية فكرية مصري والمادة ٤٦ و ٥٢ من قانون حق المؤلف الأردني- راجع الفصل الأول من هذا الباب ص١٨٨.

(٢). راجع المواد ١٨١/ ملكية فكرية مصري و ٥٢ حق مؤلف أردني. راجع أيضاً د/ شحاتة غريب شلقامي- برامج الحاسب الآلي والقانون مرجع سابق ص١١٤- ١١٨.

فيروس معين مثلاً أو وضعه في البرنامج عبر أي طريقة كانت ستعني بالتأكيد دمار كلي أو جزئي للبرنامج مما سيحول دون قيامه بواجباته على نحو نمطي أو مثالي.

٢. أن لا يستند المبرمج في تعرضه للمستخدم إلى حق يستمده من القانون أو من العقد بحيث إذا استند البائع المهني في تعرضه إلى بند قد نص عليه عقد الإعداد نفسه أو إلى حق كفله له القانون فلا يعتبر ذلك تعرضاً، فلا تعارض مثلاً بين ضمان البائع للتعرض وبين مطالبة للمشتري أو المستخدم بدفع الثمن وقيامه بالتنفيذ القهري على البرنامج بعد أن انتقل الحق في استغلاله إلى المستخدم وذلك استيفاءً للثمن، فليس للمستخدم دفع ذلك بضمان البائع المهني لتعرضه[١]، وهذا الشرط ادعى في تطبيقه عندما يقوم المستخدم بعدم الالتزام بالسرية مثلاً أو أي بندا آخر من بنود العقد وخصوصاً فيما يتعلق بحيازته نسخة من برنامج المصدر أو نسخة احتياطية من البرنامج الذي تم إعداده وتصرفه فيهما فما يحدثه الفيروس مثلاً إذا ما تم زراعته في البرنامج اقتصاءً لحق لم يقم المستخدم بالوفاء به فهذه جريمة معلوماتية وليس تعرضاً في سبيل الحصول على حق معين أو تنفيذاً لبند في عقد الإعداد.[٢]

---

(١). د/ خميس خضر- شروط تحقيق التزام البائع ضمان تعرضه الشخصي وتعرض الغير- مجلة القانون والاقتصاد- جامعة القاهرة السنة ٤٥ -١٩٧٥ ص٩٣. د/ اسماعيل غانم- الوجيز في عقد البيع- مكتبة عبد الله وهبة/ القاهرة ١٩٦٣، ص٣٠٤.

(٢) . د/ عزة خليل - مرجع سابق ص٦٨- ٦٩.

فإذا ما تحقق الشرطان السابق بيانهما فلا مجال أمام المبرمج إلا أن يضمن هذا التعرض ويقوم بمعالجته أو التعويض عنه أو إزالته ويقع باطلاً كل شرط مخالف فقد نصت المادة ٤٤٦ "مدني مصري" في فقرتها الأولى [إذا اتفق على عدم الضمان بقي البائع مسؤولاً عن أي استحقاق يقع بفعله ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك].(١)

أما بخصوص التعرض المادي الصادر من قبل الغير للمستخدم فحسب القواعد العامة فإن المبرمج أو البائع المهني لا يضمن تعرض الغير للمستخدم تعرضاً مادياً إذ سلطان للمبرمج على الغير ما إلا إذا كان هذا الغير من تابعي المبرمج(٢) وكذلك في هذه النقطة تحديداً أي التعرض الصادر من الغير فإن قواعد قوانين الملكية الفكرية تسعف المستخدم في هذا المجال كما رأينا سابقاً خصوصاً إذا كان قد حصل على تنازل من المبرمج عن حقوق استغلال البرنامج "مالياً" وتبعاً لذلك سيكون فوراً التعرض الصادر من الغير تعرض قانوني حسب رأينا وليس مادي وذلك تبعاً لنصوص قوانين حق المؤلف في هذا المجال والتي تسعف المستخدم في الدفاع عن هذا التعرض ليس عن طريق القواعد التقليدية في ضمان التعرض والاستحقاق بل عن طريق قواعد قوانين الملكية الفكرية التي امتلك بموجبها حق استغلال البرنامج مالياً وذلك لأن المبرمج عندما تنازل للغير عن استخدام هذا البرنامج كان قد أخل بالتزامات مع المستخدم

---

(١) . تقابل المادة ٥٠٣ و ١/٥٠٦ مدني أردني و ٥١٤/ ٤مشروع مدني فلسطيني.

(٢) . د/ نوري حمد خاطر – عقود المعلوماتية- مرجع سابق ص١٨٤.

تقـــيده بعدم التنازل عن حقوق الاستغلال لشخص آخر ليزاحمه في عمله.

ثانياً/ جزاء إخلال البائع المهني بضمان التعرض والاستحقاق

اتفقـــنا ســـابقاً علـــى أن التعرض المتصور والصادر من البائع المهنـــي للبـــرامج للمستخدم أو حتى من الغير هو التعرض المادي وعلـــى ذلك فإذا وقع هذا التعرض وتوفرت شروطه فإن المستخدم لـــيس أمامه إلا أن يتدخل لإجبار المبرمج على القيام بواجبه بإيقاف التعرض الصادر منه أو من الغير، فإن كان الاعتداء على البرنامج قـــد حـــصل فإن ذلك يؤدي إلى تحريك دعوى الضمان والجزاءات المتـــرتبة علـــيها، وهذا الضمان يعطي لمن تقرر من أجله المطالبة بالتنفيذ العيني ووقف أعمال التعرض وله أن يطالب الحكم بالغرامة الـــتهديدية عـــن كـــل عمل يقوم به البائع ويتعرض به للمشتري أو التنفـــيذ بمقابل أو حبس الثمن أو ما تبقى منه أو الفسخ لعدم التنفيذ والتعويض إن كان له مقتضى[1].

وبتطبـــيق ذلك على عقود الإعداد نلاحظ أن البائع المهني بصفة عامـــة وســـواء كـــان عقد الإعداد "بيع أم مقاولة" يقع عليه التزام بـــضمان الانـــتفاع بالبرنامج انتفاعاً غير منقوص وهو الأمر الذي يفرض عليه أن يمتنع عن كل فعل من شأنه أن يحول بين المستخدم وبين الانتفاع بالبرنامج أو الانتقاص من هذا الانتفاع فإن أخل البائع

---

(١) . انظـــر المـــواد ٢١٢ و ١/٢١٣ أو ٢١٤ من القانون المدني المصري وهي تقابل ٢٠٣ و ٣٥٥ و ٣٥٩ من القانون المدني الأردني والمواد ٢٠٢ و ٢٠٧ و ٢٦٠ و ٢٧٠ من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

المهنـــي بهـــذا الالتـــزام وجب عليه الجزاء الذي رتبه القانون عن الإخـــلال بـــه، ونحن نرى أن الخسائر من تلف برنامج معين نتاج التعـــرض له قد تكون فادحة كضياع معلومات مهمة أو تعديلها أو الـــتوقف عـــن العمل أو الشلل في حركة المنشآت أو ضياع الوقت لـــذلك نرى أن يشمل الجزاء أكان تنفيذ عيني أو أي شيء آخر أن يـــشمل تعويضاً عما لحق المستخدم من أضرار نتيجة هذا التعرض بحـــيث يكـــون الـــتعويض عادلاً انطلاقاً مما للتكنولوجيا من دور رئيسي في حياتنا المعاصرة إذ تتوقف عليها تنظيم أغلب شؤوننا في هذا العصر.

وإذ تعـــدد صـــانعوا البـــرنامج الواحد فإن تعرض أي منهم إلى المستخدم في الجزء الذي صنعه من البرنامج سيؤدي حتماً إلى تلف فـــي الأجـــزاء الأخرى أو إلى تعطل لأن البرنامج وحده واحدة كل عملـــية بهـــا متـــرتبة على الأخرى، وبذلك فلا يقال ان البقية غير مـــسئولين عـــن هذا التعرض فالالتزام بضمان التعرض الشخصي التـــزام بامتـــناع عـــن عمـــل كما أسلفنا لذلك فهو لا يقبل الأنقسام بطبيعـــته ولا يتصور فيه التجزئة، فهم كلهم مسئولين أمام المستخدم بعدم تعرض أي منهم إليه في برنامجه أو في جزء من برنامجه[1].

---

(١) . د/ اســـماعيل غانم- مرجع سابق ص٢٠٦و د/ عزة خليل- مرجع سابق ص٥٤ و ٨٢.

ومـــن مميـــزات الالتـــزام بضمان التعرض في التشريع المدني المـــصري أن هذا التزام مؤبد وأنه ينتقل إلى الورثة [1]، فلا يجوز للـــبائع المهني أن يتعرض للمستخدم المتعاقد معه مهما طال الزمان على انعقاد التصرف ولو حتى بعد مضي خمس عشرة سنة.

ومن مميزات ضمان التعرض والتي تسعف المستخدم أيضاً وكما أســـلفنا بطـــلان شرط عدم ضمان البائع المهني لتعرضه الشخصي حـــسب المادة "١/٤٤٦ مدني مصري" السابق الإشارة إليها وبالتالي يصبح الالتزام بضمان التعرض من النظام العام فلا يجوز بناءً على ذلك أن يشترط البائع المهني للبرامج على المستخدم عدم مسؤوليته عـــن تعرضـــه الشخـــصي فـــإن هذا الشرط يعتبر كأن لم يكن في التشريع المصري والمشروع الفلسطيني ويجعل من البيع فاسداً في التـــشريع المدني الأردني فيما لو استحق البرنامج للغير بفعل البائع المهني نفسه[2].

---

(١) . د/ محمـــد ســـعد خلـــيفة- مرجع سابق- ص١٠٤- ١٠٦. ود/ سليمان مرقص – مـــرجع ســـابق ص٣٩٥ ومـــا بعدها ود/ محسن شفيق – مرجع سابق ص٥٩ وهو كذلك بالتشريع المدني الأردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني راجع المواد ٥٢٠ من القانون المدني الأردني و ٥٣٢ من مشروع القانون المدني الفلسطيني وهما منحتا ورثة المشتري حقوقاً عند البائع في ضمان العيب الخفي ونعتقد بينه المشرع بانسحاب ذلك عند التعرض أيـــضاً راجع في ذلك المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني- مرجع سابق ج١ ص ٢٣٤ ومـــع الأســـف فان المشروع الفلسطيني لم تطرق مذكرته الإيضاحية لهذه القضايا نأمل من المشرع الفلسطيني تداركها.

(٢). المـــادة ٥٠٦ مدنـــي أردني [لا يصح اشتراط عدم ضمان البائع للثمن عند استحقاق المبيع ويفسد البيع بهذا الشرط].

فـــإن أضـــفنا إلـــى كل ذلك ما يميز عقد الإعداد من ناحية عدم الـــتوازن التقني والمعرفي والاقتصادي وحتى الخبرة القانونية فيما بـــين أطرافه وإن أضفنا أن القاضي " قاضي الموضوع" في أغلب الأحـــيان يكون نصيراً للطرف الضعيف في هذا العقد خصوصاً إذا كـــنا أمـــام ما يشبه عقد الإذعان وإذا أضفنا أن الشك في مثل هذه العقـــود عـــادة ما يفسر لصالح الطرف الضعيف منها دائناً كان أم مديـــناً نـــرى أن القواعد العامة في ضمان البائع للتعرض وبالذات لتعرضـــه الشخـــصي يمكـــن تطبـــيقها على تعرض البائع المهني "المبـــرمج" للمـــستخدم المتعاقد معه على عقد إعداد نظام معلوماتية ويمكـــن أن تسعفه لأنها تكفل له حقوقاً يمكن أن تقوده إلى تعويض عادل عما يمكن أن يلحقه من أضرار نتيجة تعرض المبرمج له.

المبحث الثاني

التزامات المستفيد "أو المستخدم"

بعـــد أن تناولنا في المبحث الأول التزامات المبرمج وتحدثنا فيها بـــشيء مـــن التفـــصيل ولكـــون هذا العقد من العقود التي تفرض التزامات متبادلة على أطرافه، فإن أسس البحث العلمي الموضوعية تفـــرض علينا أن نقوم بدراسة التزامات المستفيد أو المستخدم وهو الطرف الثاني في عقد الإعداد.

وخـــصوصاً أنه بالإضافة إلى الالتزامات التقليدية التي تقع على عاتـــق "المشتري أو رب العمل أو المستأجر" حسب كون العقد من عقـــود البـــيع أو المقاولة أو من عقود الإيجار فإن الطبيعة الخاصة

لبـــرامج الحاسب كمحل لعقد الإعداد قد أظهرت معها أنواع جديدة من الالتزامات بهدف تحقيق الغرض والغاية من التعاقد.

وســـوف نقـــوم فـــي هذا المبحث بمعالجة هذه الالتزامات والتي يتـــشابه البعض منها ويرتبط إلى حد كبير مع التزامات المبرمج أو المـــتعهد وبالتحديد عندما يكون التزام المستخدم ينصب على تمكين المبرمج من القيام بتنفيذ التزامه من خلال الإفصاح عن كافة الأمور والظروف والمتطلبات التي يريدها والتي على أساسها يبذل المبرمج ما بوسعه من إمكانيات علمية وفنية للقيام بإعداد البرنامج.

إن التعاون فيما بين الطرفين من شأنه أن يحقق رغبات المستخدم فـــي أخـــذ الأمـــور التـــي يجب أن يشتمل عليها البرنامج في عين الاعتـــبار وبالـــذات التعاون من قبل المستخدم الذي يقوم من خلاله المبـــرمج بإيجـــاد الوســـيلة المناســـبة للتعبير عن أفكار وحاجات المستخدم عبر تطبيقها على أصول البرمجة[1]

وبالنظـــر إلى أن التزام المبرمج بالنصيحة والإعلام يفرض عليه وضـــع المـــستخدم في صورة تفاصيل هذا العقد من حيث الإمكانية الفنـــية والتكالـــيف الماديـــة "وتكلفة العمل والمواد المستخدمة" [2] وطرق تشغيله والبدائل المتاحة ... الخ. كما رأينا في المبحث الأول

---

(١) .د/ ميرفت عبد العال- مرجع سابق- ص٢٤٧، د/ أحمد محمود سعد – مرجع سابق ص١٩٠، د/ حسن جميعي- عقود برامج الحاسب، مرجع سابق ص٢٦٤.

(٢) . James V. Vergari .Computerized Payment –Operations Law .Published by
2001. P 67
Loveland – New York

فـــإن هذا الالتزام يفرض على المستخدم في المقابل الاستعلام عن هـــذه المعلـــومات والـــتعاون قدر الإمكان في إبداء التفاصيل الذي يـــريدها وعدم إخفاء أي أمر من شأنه عدم تحقيق الغاية المرجوة، حتـــى أن بعض المستخدمين يلجأون إلى عقد المشورة الفنية السابق بـــيان ماهيـــته"[1] مـــع خبيـــر بحيث يأخذوا نصيحته في التصاميم والاحتـــياجات والقـــدرة الفنـــية والمفاوضـــات التي تمت ومن ثم يتعاقدون مع المبرمج الذي سيقوم بالعمل. وهذا من شأنه كما أسلفنا تخفيف مسؤولية المبرمج بعض الشيء[2].

هـــذا و يـــوجب هـــذا العقد على المستفيد أو المستخدم وكالعقود التقليدية الأخرى تسلم البرنامج وقبوله متى كان مطابقاً للمواصفات التـــي تـــم الاتفاق عليها لذلك سنبحث من خلال هذا المبحث أيضاً بالإضـــافة إلـــى التـــزام المستخدم بالتعاون، التزامه بالتسلم حسب شـــروط عقد الإعداد وحسب القوانين ذات الشأن فيما لو لم يكن قد تم تحديد كيفية التسلم في العقد والتسلم في هذه العقود يقتضي حتماً القـــبول أي قـــبول البرنامج والقبول فيها يعني مطابقة المواصفات وعلـــيه لا تـــسلم بـــلا قبول والذي يشكل عنصراً أساسياً في عقد الإعـــداد و يتـــرتب عليه أمور كثيرة كالتزام المستخدم أو المستفيد بدفـــع كامل الأجر "الثمن" الذي تم الاتفاق عليه وهو الالتزام الثالث من التزامات المستخدم والذي سنناقشه أيضاً في هذا المبحث وعلى

---

[1] . انظر المطلب الأول- من المبحث الأول من هذا الفصل ص٢١١.

[2] . د/ حـــسن جميعـــي – عقود برامج الحاسب- مرجع سابق ص٢٧٦ ود/ ميرفت عبد العال – مرجع سابق ص٢١٤.

ذلك سنقسم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب نبحث في المطلب الأول التعاون والإفصاح ونبحث في المطلب الثاني قضية التسلم ونبحث في مطلب ثالث التزام المستخدم أو المستفيد بدفع المقابل.

المطلب الأول

التعاون والإفصاح بمنتهى حسن النية

ينظر الى الالتزام بالتعاون من قبل المستخدم على انه الالتزام المقابل لالتزام المبرمج بالإعلام والنصيحة بحيث أن وجود هذين الالتزامين يسمح بعودة بعض التوازن إلى عقد الإعداد وبالذات بالنظر إلى خبرة المبرمج في هذا المجال وكذلك يعتبر الالتزام بالتعاون من الالتزامات غير التقليدية في العقود التي ترتب التزامات متقابلة للطرفين والتي يتميز بها عقد إعداد برامج الحاسب الآلي[1].

والمقصود بالتعاون في عقد الإعداد هو استعلام طرفي العقد من بعضهما البعض عن كافة الأمور الجوهرية في العقد وبيانها من خلال التساؤلات التي بتم طرحها على بعضهم البعض والإجابات الدقيقة عليها وذلك لضمان تنفيذ العقد بمنتهى حسن النية دون توافر أي خلل يؤدي إلى عدم تحقيق رغبات الأطراف[2].

---

(١) . د/ أحمد محمود سعد- مرجع سابق ص٢٤٠- د/ ميرفت عبد العال- مرجع سابق ص٢٨٥.

(٢). د/ حسام محمود لطفي- عقود خدمات المعلومات- مرجع سابق ص١٦١ ود/ عادل أو هشيمة- مرجع سابق ص٩٣ ود/ حسن جميعي عقود برامج الحاسب- مرجع سابق ص٢٦٥- ٢٦٧.

ويرتبط تعاون المستخدم أو المستفيد بالتزام المبرمج بتنفيذ كامل التزاماته على أكمل وجه اذ يجب على المستخدم أن يقدم المعلومات اللازمـــة لكي يتمكن المبرمج من إعداد البرنامج وفقاً لمتطلباته فإذا اتخذ المستخدم موقفاً سلبياً بإخفاء معلومات مثلاً أو بعدم مصداقيتها فقد ينجم عن ذلك تحقق مسؤوليته عن عدم تمكن المبرمج من إتمام العمـــل وفقاً لما هو مطلوب[1] كما ويقتضي تعاونه تأهيل العاملين لديـــه وذلـــك تجنـــباً لصعوبات يمكن أن تحدث أثناء عملية تشغيل البـــرنامج، وحسب أغلب أنظمة وعقود الإعداد فإن المستخدم يجب علـــيه أن يستمر في التعاون والإفصاح مع المبرمج حتى بعد تسلمه للبرنامج أو النظام لأن قطع الاتصال مع شركة البرمجة أو المبرمج قد يسبب له مشاكل في استمرار البرنامج في أداء عمله[2].

وعلى ذلك سنقسم هذا المطلب إلى فرعين نبحث في الفرع الأول مـــراحل التزام المستخدم في التعاون مع المبرمج ونبحث في الفرع الثاني جزاء الإخلال بهذا الالتزام.

---

(١). د/ نوري حمد خاطر- عقود المعلوماتية- مرجع سابق ص١٨٩.

(٢). د/ محمـــد حـــسين منـــصور - مرجع سابق ص٣٢-٣٣. د/ نوري حمد خاطر- المـــرجع الـــسابق ص١٨٩ ود/ أنـــور الفزيع- مرجع سابق ص١٣٤ ود/ حسن جميعي المرجع السابق ص٢٧٠- ٢٧٣.

الفرع الأول

مراحل التزام المستخدم بالتعاون:

إن التزام المستخدم أو المستفيد بالتعاون يكون على مرحلتين في عقـود الإعداد مرحلة قبل وأثناء إبرام عقد الإعداد ومرحلة تنفيذ العقد وقبول البرنامج والبدء بتشغيله.

المرحلة الأولى : التعاون قبل وأثناء إبرام العقد:

يلتزم المستخدم في هذه المرحلة بتمكين المبرمج من العلم بالغاية التـي يـرغب بها لتحديد الهدف الأساسي من إعداد البرنامج وهذا التصرف يكون موقوفاً على قيام المستخدم بالوفاء بهذا الالتزام من خلال بذل ما بوسعه للتعبير عن ذلك من خلال إزالة كافة الصعاب من أمام المبرمج(١).

وعلى أثر ذلك يقوم المبرمج بوضع دراسة تحتوي على الترابط مـا بين احتياجات المستخدم وإمكانيات البرنامج في ضوء التقنيات الممكـنة والمتوفرة علمياً وأفضل إمكانية لديه بحيث يقوم بتقديمها علـى شـكل نـصيحة تحتوي على تصميم أولي للبرنامج المقترح متـضمناً مواصـفاته، وتكلفته والمواد الأولية ومن سيقوم بالتمويل والمـدة التي تستغرقها عملية أعداده.. الخ والتي يتوجب الرد عليها من قبل المستخدم في وقت مناسب وتحت طائلة المسؤولية(٢).

---

(١) . د/ محمد لبيب شنب- عقد المقاولة- مرجع سابق ص١٤٩.

(٢). يجـب علـى المستخدم الرد في وقت مناسب وبيان أسباب الرفض أو القبول حتى يـتمكن المبـرمج مـن معالجـة أسباب الرفض مثلاً أو لعدم اضعاة وقته وتفويت فرص وتعاقـدات عليه أو في حالة أخرى لقيامه في البدء بالاعداد إذا تم القبول، ويلاحظ هنا أن

ففي هذه المرحلة يتم إخراج المستخدم من دائرة الادعاء بالجهل من خـــلال قيام المبرمج بإيضاح بعض الأمور الأساسية التي تبين محل العقـــد بوضـــوح، لأنـــه يكون شيء غير محدد ويتم تحديده وتبيان بعـــض الـــصفات التـــي تتوافر فيه من خلال الحوار الذي يتم بين الأطراف الذي بدوره يقود إلى علم المستخدم بالخصائص الأساسية للبـــرنامج(١) وعلى أثر هذا التعاون تتحقق نتيجتين غاية في الأهمية وهما:

١. أن هـــذه المـــرحلة تتيح للمستخدم أن يكون فضولياً إلى درجة كبيـــرة فـــي الاستفـــسار عن كل ما يبدو ذو أهمية بالنسبة إليه وكـــذلك في الإجابة عن كل ما يسأل عنه بمصداقية عالية وذلك لبـــيان الغاية التي يريد تحقيقها والمشاكل أو البيانات التي يريد معالجتها من خلال البرنامج المقترح، ويجب أن تقوده فضوليته إلـــى التمكن من تحديد مواصفات البرنامج الذي يريده بحيث أن ســـكوته عـــن بعـــض الأمور أو عدم إفصاحه أو عدم اقتران إفـــصاحه بمـــصداقية عالـــية في الوصف والطبيعة والظروف المحـــيطة مـــع علمه بأهميتها يعتبر من التصرفات التي تقترن

المـــستخدم يمكـــنه اللجوء إلى الاستشارة الفنية عبر توجهه لذوي الخبرة واستشارتهم في التـــصور المقتـــرح أو التـــصميم قبل ابداء موافقته النهائية وذلك لأن التصميمي المقترح وردود المبـــرمج علـــى استفسارات المستخدم يمكن لها فيما بعد أن تصبح جزءاً من العقد ملزم للطرفين لمزيد من التفصيل- راجع- د/ محمد لبيب شنب- المرجع السابق ص١٤٩ . ود/ أحمد محمود سعد- مرجع سابق ص٢٤٠ ود/ ميرفت عبد العال- مرجع سابق و د/ فاروق الحفناوي- عقود النظم والأجهزة- مرجع سابق ص١٤- ١٦.

(١) . د/ أحمد محمود سعد- مرجع سابق ص٢٥١.

بتوافـــر سوء النية[1] فإن ادعى في المستقبل بوجود عيب معين أو بعـــدم مطابقة هذا البرنامج لما طلبه أو لما تم وصفه وأثبت المبرمج أن هذا الخلل ناتج عن كتمان معلومات معينة أو الإفادة بمعلـــومات على غير الحقيقة...الخ فيتحمل المستخدم المسؤولية عـــن هـــذا الخطأ ولا دخل للمبرمج به ولا يتحمل أية مسؤولية عـــنه، لـــذلك قلنا سابقاً أن من ثمار مرحلة التعاون هي إخراج المـــستخدم أو المـــستفيد من دائرة الادعاء بالجهل وتطبيق هذه المـــسؤولية تكـــون أشـــد علـــيه فيما لو أثبت المبرمج استعانة المستخدم بمشورة فنية أيضاً قبل

إبـــرامه العقـــد والتـــي على أثرها وضع وحدد مواصفات البرنامج وبنود العقد[2].

٢. علـــى أثر تعاون المستخدم أو المستفيد يتمكن المبرمج من عمل دراســـة مبدئية ووضع تصميم يتم عرضه على المستخدم لبيان

---

(١). د/ ميـــرفت عـــبد العال- مرجع سابق ص٢٩٠. د/ يوسف عبد الهادي الاكيباي- النظام القانوني لعقد نقل التكنولوجيا - مرجع سابق ص٨٧.

(٢). د/ جمـــال عبد الرحمن محمد علي- الخطأ في مجال المعلوماتية- مرجع سابق ص ٧٤-٨٠ ود/ محمود حسام لطفي- عقود خدمات المعلومات- مرجع سابق ص ٩٦و١٣٧ ود/ حـــسن جميعي- عقود برامج الحاسب- مرجع سابق ص٢٢٧ حيث يقول سيادته [إن القـــضاء يتشدد في مسائلة المورد عن الالتزام في الحالات بالنصيحة التي يثبت فيها عدم لجوء العميل إلى استشارة خبير فني أو متخصص في مجال التعاقد طالما أن هذا العميل لم يكـــن ملتزماً باللجوء إلى مثل هذه الاستشارة وذلك اذا تبين أن الطرفين أقرا بعدم الحاجة إلى ذلك اكتفاء بالثقة التي أولاها العميل لمورد البرامج وفي المقابل فإن لجوء العميل إلى الخبـــرة الفنية يخفف من مسؤولية مورد البرامج عن الالتزام بالنصيحية] وانظر كذلك في نفس المعنى- د/ نزيه الصادق المهدي- مرجع سابق ص٣٣٦.

مـــدى التناســـب بين الهدف المرجو والتصميم المقترح ووظائفه وقدراتـــه وقـــد أصبح هذا الشرط مفهوماً من ضمن طبيعة هذا العقـــد بحيث لا يشترط النص عليه في عقود الإعداد كونه أمر ضروري لإبرام العقد ولا يمكن تصور توافق الطرفين بدونه[1].

إن نتـــيجة التعاون في هذه المرحلة تعتبر ضرورية لإبرام العقد ولإمكانـــية الـــوفاء بالالتـــزامات التي يرتبها دون توافر أي عيب، ولكـــون عملـــية البرمجة التي تنفذ تكون طبقاً وبناءً على احتياجات المـــستخدم أو المـــستفيد وفي ظل التقنيات المتاحة فإن طبيعة التزام المـــستخدم تكـــون التزام ببذل عناية الشخص المعتاد[2] الذي يسعى لإعـــداد برنامج محقق لغايته مع عدم علمه ومعرفته التامين بأصول البـــرمجة بالإضـــافة إلى أن التزامه في هذه المرحلة يتم من خلال إيـــصال المعلومات إلى المبرمج الذي يقوم بإعداد البرنامج ويعامل المـــستخدم في هذه التصرفات بناءً على معيار الرجل المعتاد على التعاقد وليس الشخص المحترف في البرمجة، مما يشكل اختلافاً بين الاثنـــين فالمستخدم يسعى لتحقيق غاية دون معرفته بالوسيلة ومدى ارتـــباطها بالغاية والمبرمج يعمل على تحقيق غايته بطرق يعلم بها جـــيداً إلا أنـــه ذو معرفة تامة بالبرمجة، ومع ذلك ففي مقابل التزام المبرمج بالإعلام والنصيحة يوجد التزام على المستخدم أو المستفيد

---

(١) . د/ عزة خليل – مرجع سابق ص١٦٢– ١٧٠ ود/ محمد حسام لطفي– المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض– مرجع سابق ص١٤ وما بعدها.

(٢). د/ أنـــور الفـــزيع– مرجع سابق ص١٣٢، د/ ميرفت عبد العال– مرجع سابق ص ٢٩٠.

بالتعاون والإفصاح ويكون مسؤولاً عن عدم التعاون قبل إبرام العقد وبعد إبرامه إذا حدث خلل في البرنامج نتيجة لعدم تعاونه أو عدم تمكين المبرمج من الاطلاع على كل ما هو ضروري وجوهري لإتمام عملية البرمجة أو كل ما سال عنه ولم يتلقى إجابة عليه أو تلقى إجابة على غير الحقيقة، وهذا الالتزام من جانب المستخدم لا يتطلب إلمامه بأصول البرمجة أو طرقها أو تقنياتها(١).

المرحلة الثانية/ تنفيذ العقد وقبول البرنامج:

أثناء قيام المبرمج بالبرمجة وبتنفيذها ما تم الاتفاق عليه في العقد يعتبر تعاون المستخدم أو المستفيد أمراً غاية في الأهمية وذلك لكي يتمكن المبرمج من الوفاء بالتزامه دون أي عيب فهذه العملية تكون بناءً على احتياجات وغايات المستخدم وبالتالي يجب أن يبقى المستخدم على اطلاع بالخطوات وفي صورة البيانات المقدمة لكي يتمكن من الاستفسار عن أي أمر ضروري(٢).

فبعد إبرام العقد واتفاق الأطراف على تنفيذه من خلال إعداد البرنامج والذي يعتبر الالتزام الأساسي فيكون تعاون المستخدم مع المبرمج أو حتى تعاونهما مع بعضهما البعض أكثر إلزاماً، فهذا التعاون ينير الطريقة أمام المستخدم في استجلاء كل غموض حتى يتمكن من استلام برنامجه وقبوله بعد استخدامه أو تجربته والبحث في مدى مطابقته للشروط والمواصفات التي تم الاتفاق عليها لذلك قلنا أنه يجب على المستخدم مواكبة عملية الإعداد ويجب على

---

(١) . د/ حسن جميعي – عقود برامج الحاسب– مرجع سابق ص٢٦٥– ٢٦٩.

(٢). د/ أنور الفزيع– مرجع سابق– ص١٣٢.

المبرمج وضعه في صورة كل خطوة وكل مرحلة يتم الانتهاء منها أثناء التنفيذ حتى تتم معالجة أي خلل أنياً وعدم الانتظار حتى إخراج النسخة النهائية من البرنامج وبالتالي يتم توفير وقت وجهد للطرفين وتضيق دائرة إدعاء أيهما بأنه لا يعرف أو ليس هذا ما اتفق عليه..الخ[1].

فإن تم الانتهاء من إعداد البرنامج حسب شروط العقد وما تم الاتفاق عليه تتجلى صورة التعاون كالتزام على المستخدم في قيامه بتسلم البرنامج في المكان والزمان الذين تم الاتفاق عليهما، مع وجوب تهيئة حماية داخلية للبرنامج وشموله لكافة الأمور الأساسية التي تتطلبها أصول البرمجة[2].

ويتجسد التعاون في هذه المرحلة من خلال قيام المستخدم بالتسلم المبدئي للبرنامج، وتعاونه مع المبرمج للقيام بتوضيح بعض الأمور التي يحتويها البرنامج والتي تسمح للمبرمج بيان المواصفات من خلال الإشارة أليها وبيانها بيسر ووضوح للمستخدم حتى يتم القبول المبدئي للبرنامج ليتم تشغيله والبحث في إمكانياته لأننا في هذه المرحلة نكون لا زلنا في مطابقة الشكل وليس المضمون[3].

---

(١) د/ أحمد محمود سعد- مرجع سابق ص٢٥٦. د/ حسن جميعي- عقود برامج الحاسب – مرجع سابق ص٢٧٧- ٢٧٩.

(٢) د/ أنور المفزيع- مرجع سابق ص١٣٤، د/ أحمد محمود سعد- مرجع سابق ص ٢٥٧.

(٣) د/ أحمد محمود سعد- مرجع سابق ص٢٥٨ ود/ جمال عبد الرحمن علي- مرجع سابق ص٦٨- ٦٩ ود/ محمد لبيب شنب – عقد المقاولة مرجع سابق ص١٥١.

فـــإن انـــتهت هذه المرحلة بمطابقة الشروط والمواصفات المتفق علـــيها في البرنامج الذي تم إعداده فيتم الانتقال إلى تشغيل البرنامج والذي يتوجب على المبرمج بيان كيفية التشغيل والاستعمال، بحيث لا يـــستطيع أي شـــخص تشغيل البرنامج إلا المبرمج نفسه لأنه من وضـــع التعـــريف الشخـــصي الذي تم تصميمه للبرنامج والخاص بالمـــستخدم لكي لا يمكن الاستخدام إلا من قبل المستفيد "المستخدم" الذي تم العقد لصالحه والذي يملك التعريف الشخصي الذي يسمح له بالدخول إلى البرنامج ومعالجة بياناته من خلاله[1] فإذا تمت محاولة التـــشغيل دون الحصول على المعلومات الضرورية من المبرمج أو المنتج فإن هذا التصرف يمكن أن ينتج عنه خللاً سببه عدم الالتزام والتقـــيد بالتعليمات الملحقة بالبرنامج والمعاصرة لتسلمه غالباً وهي ملزمة للمستخدم لدورها الهام والمحوري في ضمان عدم حدوث أي خلل بالبرنامج ناتج عن التشغيل الخاطئ[2].

وعـــادة مـــا تكون خطة اختبار وتشغيل البرامج وبالتالي قبولها الموضـــوعي تخـــتلف حـــسب نوع وطبيعة كل برنامج ولكن يبقى الهـــدف الرئيسي منها هو مطابقة البرنامج للمواصفات المتفق عليها والـــذي يتـــضح في قدرته الموضوعية على معالجة البيانات "محل الاختبار" بالطريقة المقصودة وتحقيق الغرض المرجو منها.

---

(١) . د/ محسن شفيق- نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية- مرجع سابق ص٧٨. ود/ فاروق الحفناوي -عقود البرمجيات - مرجع سابق ص٢٣٠- ٢٣١.

(٢) . لمزيد من التفاصيل- راجع د/ ميرفت عبد العال - مرجع سابق ص٢٩٨- ٢٩٩.

وفي الغالب يقوم المستخدم "أو المستفيد" قبل موعد التسليم النهائي بإعداد عينة من البيانات تسمى Testdata التي يراها مناسبة لفحص واختبار قدرة البرنامج ولا بد لهذه العينة أن تخضع لموافقة المبرمج "هنا تبرز أهمية التعاون كذلك"[١] ويتم بعد ذلك تحديد موعد باتفاق الطرفين لإجراء الاختبارات بحيث يجب أن تتم معالجة البيانات ويتعهد كلا الطرفين بأقصى درجات التعاون وتقديم جميع التسهيلات الممكنة لإجراء عملية الاختبار هذه.

إذا نجح الاختبار يتم قبول البرنامج فوراً وذلك بمجرد نجاحه في معالجة البيانات وتحقيقه للنتائج المرجوة ويوقع المستخدم على قبوله الموضوعي والنهائي للبرنامج وبذلك يعتبر البرنامج مقبول من الناحية الموضوعية والقانونية حتى اجتاز اختبار القبول بنجاح بأن وضع موضع التشغيل الفعلي Live operation ويعتبر التسلم قد تم منذ هذه اللحظة أي لحظة توقيع المستخدم على نجاح اختبار القبول[٢].

ويجب كما بينا سابقاً استخدام الطريق الصحيح في التشغيل فيما بعد قبول البرنامج أي أثناء التشغيل المهني بعد التسلم والبدء في العمل، وذلك لأن إتباع تعليمات المبرمج سيؤدي دائماً إلى تحقيق الغاية المرجوة من البرنامج بأفضل الطرق الممكنة، وكذلك فان استمرارية عمل وأداء البرنامج وفق الهدف المرجو منه تقترن

---

(١) Rays man Richard- P.R-P.3-16 .

(٢).د/ فاروق الحفناوي- عقود البرمجيات- مرجع سابق ص٢٤٢، ود/ ميرفت عبد العال- مرجع سابق ص٢٩٩

اقتـــراناً طـــردياً بمـــدى إتباع التعليمات والإرشادات الأساسية التي وضعها المبرمج بناءً على ظروف وإمكانيات البرنامج[1].

ويجـــب الاســـتمرار في تعاون المستخدم أو المستفيد طوال فترة الاســـتخدام للبرنامج وذلك حسب أغلب العقود النموذجية أو التي تتم عبـــر مقاولات الإعداد وذلك من خلال عدة التزامات تنطوي تحت بـــند تعاون المستفيد أو المستخدم والتي أهمها التزامه بالسرية وعدم الـــسماح للغير بالاطلاع على البرنامج أو محاولة إصلاح أي خلل فـــيه حتى أن بعض الشركات تفرض مع عقد الإعداد ملحق باتفاقية صيانة[2].

فلـــو تم إتباع الإرشادات والتعليمات على أكمل وجه وظهر أثناء الاســـتخدام بعض الأخطاء في البرنامج أو ظهرت عدم القدرة على معالجـــة بـــيانات معيـــنة[3]أو عـــدم القـــدرة على التخزين مثلاً أو

---

(١). د/ محـــسن شـــفيق- مرجع سابق ص٨٨- ٨٩. د/ أنور الفزيع- مرجع سابق ص ١٣٥، د/ محمد حسام لطفي- عقود خدمات المعلومات مرجع سابق ص ١٠٦.

(٢). لمـــزيد مـــن التفاصـــيل- راجع د/ خالد مصطفى فهمي- الحماية القانونية لبرامج الحاسب- مرجع سابق ص١٦٩- ١٧٥ ود/ أيمن عبد الحفيظ- استراتيجية مكافحة جرائم اســـتخدام الحاســـب الآلي- دار النهضة= =العربية- القاهرة ٢٠٠٤ ص٢٥٧ ولمزيد من التفاصيل في اتفاقيات الصيانة والحفاظ على سرية البرامج والاستمرار في تعاون المستخدم يمكن مراجعة د/ فاروق الحفناوي- موسوعة قانون الكمبيوتر ونظم المعلومات- اتفاقيات صيانة البرمجيات- مرجع سابق ص١٨٣- ٢٠٧.

(٣) مـــن المـــتفق عليه في عالم البرامج أن طبيعتها التقنية لا تخلو من العيوب والأخطاء فهـــي ليـــست سلعة كباقي السلع تسلم مرة واحدة وإلى الأبد ولكن من المقبول في الواقع العملـــي أن تحتوي البرامج على نسبة أخطاء ومع ذلك يبقى يقال عنها أنها صالحة لآداء الغـــرض مـــنها ولكن من المقبول في مقابل ذلك يكون على الجهة المنتجة او المبرمجة تصحيح الخطأ أو الأخطاء كلما ظهرت أثناء الاستخدام سواء لفترة زمنية يتم الاتفاق عليها

الاســتخراج.. الخ فإنه يتوجب على المستخدم التعاون مع المبرمج بالإخــبار فــوراً عن هذا الخلل والإخبار هنا يكون للمبرمج أو أحد عاملــيه الــذي تم تحديده في العقد والإخلال بهذا الإخبار قد يشكل إخــلال بالتزام تعاقدي لا يجوز التقاعس عنه أو التساهل فيه نظراً لدقــة المحل وإمكانية اتساع الخلل عبر تدمير بيانات أكثر.. الخ من تعقــيدات هذه التكنولوجيا، فالإخبار في وقت مناسب يتيح للمبرمج إعــادة الحــال إلــى ما كان عليه وإصلاح الخلل بالسرعة الممكنة وتدارك أية مشاكل يمكن أن تنجم عنه[1].

وبــناءً علــى ذلك نلاحظ مدى أهمية الالتزام بالتعاون في عقود الإعــداد مــن جانب المستخدم، بحيث يبدأ هذا التعاون من المرحلة الــسابقة علــى إبــرام العقــد بحيث يتجسد في مرحلة المفاوضات والحوارات والمراسلات وتقديم النصائح والإرشادات والإفصاح عن المعلــومات بمنتهى حسن النية والصدق وتعتبر هذه المرحلة أولى مراحل التعاقد وتكون سمتها الأساسية التواصل والحوار المستمر ما بــين الأطــراف ليــتم إبرام العقد بعد ذلك وينتقل التعاون في هذه المــرحلة إلــى الــتعاون فــي التنفيذ والإعداد للبرامج أو للبرنامج

أو مــن خــلال عقود صيانة تحرص شركات البرمجة على الاستئثار بها، ولكن تحت كل الظــروف يجــب أن يــتعاون المــستخدم فــي الابلاغ عن هذه الأخطاء في أسرع وقت وخــصوصاً إذا كــان فيروس من شأنه أن يوفر النظام كلياً أو جزئياً لمزيد من التفاصيل راجــع ard.P.R.P268 Rays man Richard ود/ جمال عبد الرحمن علي- الخطأ في مجال المعلوماتية- مرجع سابق ص٤٣- ٧٣.

(١) د/ حــسام عيــسى- نقل التكنولوجيا- مرجع سابق ص٢٤٤، د/ أحمد محمود سعد- مرجع سابق ص٢٦٢.

المقتـــرح والـــرد علـــى استفـــسارات المبرمج ومتابعته بكل أمانة للوصـــول إلى اختبارات القبول الشكلية والموضوعية والتي تقتضي كـــذلك منتهى درجات المساعدة وحسن النوايا وفي تحليلها والاتفاق علـــى حيثياتها ويستمر بعد ذلك التعاون طوال أو أغلب فترة عمل البرنامج كالتزام على المستخدم يتجسد في استخدام البرنامج بأفضل طـــريقة ممكـــنة تبعاً لتعليمات ونصائح المبرمج وبالذات بخصوص كيفية التشغيل والإخبار عن الأعطال وكيفية الاستخدام وهذا التعاون فـــي هـــذه المرحلة يعتبر بحق إحدى الوسائل الأمنية التي يستطيع المـــستخدم مـــن خلالهـــا الحفاظ على صلاحية البرنامج والاستفادة المثلى من إمكانياته وتجنيبه أي خلل أو ضرر.

الفرع الثاني

جزاء الإخلال بالتزام المستخدم او المستفيد بالتعاون

يمكـــن أن يقـــع الإخلال من قبل المستخدم أو المستفيد بالالتزام بالـــتعاون مـــع المبـــرمج بطرق شتى، سواء من حيث تقديم المواد المـــتفق عليها لتمام عملية البرمجة على أتم وجه أو من حيث تقديم المعلومات الأساسية التي يحتاجها المبرمج، أو حتى من حيث إخفاء معلومات أو ذكرها على غير الحقيقة، فإن المستخدم أو المستفيد في جمـــيع هـــذه الفـــروض وغيـــرها كثيـــر يكون مسؤولاً عن هذه التـــصرفات، وذلـــك لكـــونه ملـــزم بـــتقديم هذه المواد مثلاً طبقاً للمواصـــفات المـــتفق علـــيها وإتاحة الفرصة للمبرمج للقيام بإعداد البـــرنامج علـــى أكمـــل وجه، وهو كذلك ملزم بالتعاون والإفصاح

بمنتهى الصدق في إبداء المعلومات بشتى صورها للمبرمج حتى يخرج البرنامج متوافقاً على الغاية منه[1].

ومما لا شك فيه أن إفصاح المستخدم عن احتياجاته وإعلام المبرمج بها لا يلزم له شكل معين أو طريقة محددة، فيستطيع المستخدم أن يصيغ احتياجاته في كراسة شروط، كما يستطيع أن يوجهها من خلال مراسلات كتابية [فاكسات، مراسلات عبر البريد الالكتروني، أو البريد العادي] وغير ذلك من أساليب التخاطب المألوفة، ويكفي قيام المستخدم بتحديد احتياجاته مثلاً وإعلام المبرمج بها شفاهة في الجلسات واللقاءات التي تجمعهم[2].

فلو حصل إعاقة لعمل المبرمج نتيجة لعدم إبداء التعاون في الأمور التي تستوجب ذلك أو في الأمور التي يجب توافرها "سواء مواد أو ظروف محيطة" أو في بيان البيئة التي سيتم استعمال البرنامج فيها..الخ من الأسباب التي يمكن أن تؤثر على البرنامج وتعيبه مقارنة بما هو مأمول منه حسب التعاقد، فإن كل هذه التصرفات تؤدي إلى وقوع المسؤولية على المستخدم عنها، لأنه يكون بذلك قد أعاق عملية إبرام العقد أو حال دون تمكين المبرمج من تنفيذه أو تم التنفيذ ولكن ليس بالشكل والموضوع النموذجين المطلوبين وفقاً للعقد وذلك بسبب تلك التصرفات الصادرة عن

---

(١). د/ نوري حمد خاطر- عقود المعوماتية- مرجع سابق ص١٨٩، ود/ محمد السيد عمران- الالتزام بالأخبار- مرجع سابق ص٦ وما بعدها د، سهير منتصر- الالتزام بالتبصير- مرجع سابق ص٤٩.

(٢) . د/ حسن جميعي- عقود برامج الحاسب الآلي- مرجع سابق ص٢٦٧- ٢٧٤.

المستخدم والتي تشكل إخلالاً بالتزام عقدي ذو طبيعة خاصة في عقود الإعداد وهو الالتزام بالتعاون والإفصاح بمنتهى الصدق وحسن النية[1] وقد سار القضاء الفرنسي على ترسيخ هذا المبدأ في جملة كبيرة من أحكامه[2].

وعليه فإذا أخفق المبرمج في الوفاء بالتزامه سواء أكان الإخفاق كلياً أو جزئياً فإن المستخدم يكون مسؤولاً ويحق للمبرمج المطالبة بالتنفيذ العيني أو فسخ العقد والتعويض أو أي تصرف يجيزه المشرع لإجبار المستخدم على إتمام التعاقد على نفقته وإجباره على تسلم البرنامج، بالإضافة إلى حق المبرمج بالمطالبة بفرض التعويض المناسب عن عدم وفاء المستخدم بالتزامه الذي الحق

---

(١). د/ أنور الفزيع- مرجع سابق ص١٣٤- ١٣٥. د/ ميرفت عبد العال- مرجع سابق ص٣٠٠.

(٢). أوضح صورة تجدها في حكم شهير لمحكمة استئناف تولوز في سنة ١٩٩٢ عندما قالت بمسؤولية الشركة "المستخدم" عن خطئها في تحديد المواصفات والاحتياجات التي نتطلبها من البرنامج الذي تعاقدت عليه مع الشركة المبرمجة فقالت المحكمة (إن المستأنفة قد أخلت بالتزامها بالتعاون وإعلام المورد.. لذلك فإنها يجب أن تتحمل وحدها المسؤولية عن خطئها وما يترتب على ذلك من نتائج و أضرار ناجمة عن سوء اختيارها للبرنامج محل التداعي..) Toulouse 2ecH.26 Pev.1992- Jurisdata n° 433 أشار إليه الأستاذ الدكتور حسن جميعي- مرجع سابق هامش ص٢٧٠ وانظر أيضاً تأكيدات لنفس هذا التوجه في القضاء الفرنسي

Paris 25ech.8.Juillet .1981,jurisdata.n°24834,T.com
Bordallx.27Janv1988petites.affiches23aout'1989 n°101p.15paris
.5ech.c,15 juin 1990- jurisdata n°22939.

أحكام أشار اليها د/ حسن جميعي- عقود برامج الحاسب – مرجع سابق ص٢٧١- ٢٧٢.

ضـــرراً بالمبـــرمج[1] وإذا امتنع المستخدم عن التعاون وعن قبول النصيحة المقدمة من قبل المبرمج، فللمبرمج أن يطلب من المحكمة أن تقرر فسخ العقد لاستحالة التنفيذ الناشئة عن المستخدم دافعاً بعدم إعلامه بالأمور الجوهرية التي يتوجب علمه بها والتي يتم من خلال علمه بها إعداد البرنامج وتشكل أساسيات في العقد طبقاً لاحتياجات وغايات المستخدم والتي لا يمكن علمها قبل المبرمج أو تحديدها لأن البـــرنامج محـــل العقد سيتم تصميمه لخدمة المستخدم وهو أعلم من الغيـــر بحاجـــته وبالتالـــي لا يمكـــن تصور تنفيذ العقد دون إخبار المبـــرمج باحتياجات المستخدم سواء كان عبر تعاونه أو الاستعلام المتبادل والصادق من قبل الأطراف عن المعلومات الجوهرية[2].

وكـــذلك ينطـــبق نفس الوضع على مخاسر المبرمج بالنسبة لما أحـــضره مـــن مواد للقيام بإعداد البرنامج أي لتنفيذ العقد، فالتبعات الاقتصادية تكون على المستخدم سواء بالنسبة للمخاسر التي تكبدها المبرمج في شراء المواد أو فيما لو حالت تصرفات المستخدم دون إتمـــام العقـــد أو تسببت بفسخه لعدم تعاونه وفي نفس الوقت حالت دون تمكـــين المبرمج من إجراء عقود وصفقات أخرى لأنه كان قد التزم بإعداد برنامج المستخدم[3].

من كل ذلك نلاحظ أن المستخدم يكون مسؤولاً عن تصرفه الذي حـــال أو كان السبب في عدم وفاء المبرمج بالتزامه في إتمام تنفيذ

---

(١). د/ ميرفت عبد العال- مرجع سابق ص٣٠٠ والهامش.

(٢). د/ محمد لبيب شنب- عقد المقاولة- مرجع سابق ص١٥٠.

(٣). د/ ميرفت عبد العال- مرجع سابق ص٣٠٠.

العقـــد وذلـــك بعدم تعاونه أو بتعاونه على غير الحقيقة ويتم إعمال القـــواعد العامـــة فـــي نظرية العقد وخصوصاً فيما يتعلق بالإخلال بالتـــزام عقدي ويكون في هذه العقود لمحكمة الموضوع دور كبير فـــي تقديـــر الـــواقعة وبحث حيثياتها تماشياً مع طبيعة عقد الإعداد وظـــروفه الخاصة والتزامات أطرافه وحجم الضرر الذي نجم عن عدم التعاون وكم ونوع مسؤولية المستخدم عنه[1].

المطلب الثاني

الالتزام بالتسلم

يقتـــضي تنفـــيذ الالتزام العقدي قيام المستخدم أو المستفيد بتسلم البرنامج محل عقد الإعداد وذلك في مقابل التزام المبرمج أو المورد بتسليم البرنامج، فبعد انتهاء المستفيد من التزامه بالتعاون الذي مكن المبـــرمج مـــن إعداد البرنامج يأتي هذا الالتزام والذي يمكن تنفيذه بعـــدة صور فقد يتم من خلال وضع البرنامج تحت يد المستخدم أو عبـــر إرســـال المبـــرمج للمستخدم خطاباً يفيد بأن البرنامج جاهز للتـــسليم أو عبـــر اقتراح التسليم الالكتروني أو بأي شكل كان متفق علـــيه، فـــإن لـــم يقم المستخدم بتنفيذ التزامه كان من حق المبرمج اللجـــوء إلى القضاء لإجباره على التسليم والبحث في مدى مطابقة

---

(١) . لمـــزيد مـــن التفصيل- راجع د/ حسن جميعي- مرجع سابق ص٢٧٤ و د/ جمال عبد الرحمن علي- مرجع سابق ص٦٨ ود/ محمد حسين منصور المسؤولية الالكترونية- مرجع سابق ص٢٣٢- ٢٤١.

البـــرنامج للمواصفات[1] وبالتالي قبوله وذلك لأن عملية التسلم في عقـــود الإعـــداد ترتبط بقبول البرنامج محل التعاقد حيث أن التسلم يعتبـــر إجـــراءً أو مـــرحلة أولى يتم من خلالها التأكد من مطابقة المواصـــفات للاتفـــاق الذي تم وذلك لأنه لم تتم معاينة البرنامج في وقـــت إبرام العقد لأنه لم يكن موجود أصلاً وبذلك يكون التسلم في عقـــود الإعـــداد عمـــل مادي والقبول هو العمل القانوني فقد يتسلم المـــستخدم البـــرنامج دون قـــبوله أو فـــي حالة أخرى قد يتم قبول البرنامج قبل تسلمه فيما لو كان المستخدم يتابع عملية التنفيذ خطوة بخطوة ويجري ويبحث ويساعد مع المبرمج[2].

وعلى ذلك سنقسم هذا المطلب إلى فرعين نبحث في الفرع الأول التـــزام المـــستخدم بتسلم وقبول البرنامج محل الإعداد ونبحث في الفرع الثاني جزاء إخلال المستخدم بهذا الالتزام

الفرع الأول

التزام المستخدم بتسلم وقبول البرنامج

أولاً: الالتـــزام بالتـــسلم: يلتزم المستخدم بتسلم البرنامج بعد عرضه عليه من قبل المبرمج في الوقت المتفق عليه فيما بينهما أو حسب ما

---

(١) . د/ محمد لبيب شنب- عقد المقاولة- مرجع سابق ص١٥٠ ود/ محسن شفيق- نقل التكنولوجيا- مرجع سابق ص٨٨ ود/ حسن جميعي- عقود برامج الحاسب- مرجع سابق ص٢٨٢ و٢٨٣ ود/ نوري حمد خاطر- عقود المعلوماتية مرجع سابق ص١٩٠- ١٩١.

(٢) . د/ نبـــيلة رسلان- عقد المقاولة دار النهضة القاهرة ١٩٩٧ ص٢٠٧. و د/ حسن جميعـــي المرجع السابق الإشارة إليه ص٢٨٢. والمستشار فتيحة قرة- أحكام عقد المقاولة منشأة المعارف الاسكندرية ١٩٩٢ ص١٨١.

تقتضيه طبيعة إعداد البرنامج في أغلب الأحوال، ويكون التسلم في هذا العقد يتشابه إلى حد كبير جداً.

لتسلم في عقد المقاولة وذلك لكون عقد الإعداد وعقد المقاولة بشكل عام موضوعهم محلاً غير متوافر وقت إبرام العقد(١). وإنما تتم معاينة البرنامج من خلال الشروط المدونة في العقد والتي تشتمل على المواصفات التي تم الاتفاق عليها، وكذلك فإن عقد الإعداد لا يشكل فيه التسلم إبراء لذمة المبرمج وبالتالي الوفاء الكامل بالالتزامات المالية التي تقع على كاهل المستخدم أو المستفيد فيجب أن يقوم المستخدم باستخدام البرنامج والبحث في مدى توافق الشروط والمواصفات بحيث يتم التطابق ما بين البرنامج وشروط العقد(٢).

وبتطبيق أحكام عقد المقاولة في التسلم على عقد الإعداد نجد أن المشرع المصري قد قرر في المادة ٦٥٥ من التشريع المدني ما نصه [متى أتم المقاول العمل وضعه تحت تصرف رب العمل، وجب على هذا أن يبادر إلى تسلمه في أقرب وقت ممكن بحسب الجاري في المعاملات فإذا امتنع دون سبب مشروع عن التسلم رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمي اعتبر أن العمل قد سلم إليه]. ومفاد ذلك أن المشرع المصري قد أوجب على المستخدم تسلم البرنامج

---

(١). د/ جمال عبد الرحمن علي – الخطأ في مجال المعلوماتية- مرجع سابق ص٣٣-٤١. د/ أحمد محمود سعد- مرجع سابق ص٢٠٥ ود/ حسام لطفي- عقود خدمات المعلومات- مرجع سابق ص١٥٠. ود/ السيد محمد عمران – مرجع سابق ص٩١ وما بعدها.

(٢). د/ نبيلة رسلان- مرجع سابق ص٢٠٤.

متى فرغ المبرمج من إعداده بشكل كلي وكامل ودون تجزئة للعمل حتـــى يكون التسلم ملزم للمستخدم في الموعد المتفق عليه[1] فإن لم يتم تحديد موعد فيتوجب على المستخدم تسلم البرنامج بأسرع وقت ممكـــن أو بحـــسب العرف الجاري في مثل هذه العقود وذلك حتى يتمكن من مطابقة مواصفاته مع شروط العقد وإلا فإنه يعتبر وبنص هـــذه المادة قد تسلم محل الحق حكماً إذا ما تم توجيه إنذار رسمي إليه بتسلم محل العقد الذي تم الانتهاء من إعداده ولزم تسلمه، فإن رفـــض التـــسلم ولـــم يبد لرفضه أسباب مشروعة فإنه يعتبر متسلم للبـــرنامج حكماً ومسؤولاً عن أي ضرر يلحق به لأنه أصبح حائزاً بنص القانون وبحكم المادة ٦٥٥ منه.

وبخصوص عقد الإعداد فإن التسليم فيه يعني تمكين المستخدم أو المستفيد من البرنامج للبحث في مطابقة للمواصفات من خلال وضع

---

(١) . يخـــتلف موقـــف المشرع المصري في هذه المادة مع المشرع الأردني والمشروع الفلسطيني- فقد فرض كل منهما في هذا الصدد على المستخدم أو المستفيد من العمل تسلم ما تم انجازه من العمل فقد نصت المادة ٨١٢ من مشروع القانون المدني الفلسطيني على [يلتزم صاحب العمل بتسلم ما تم من العمل متى أنجزه المقاول ووضعه تحت تصرفه فإن امتـــنع بغير سبب مشروع وتلف في يد المقاول بسبب لا يرجع إليه فلا ضمان عليه] وهي تطابـــق المـــادة ٧٩٢ مـــن القانون المدني الأردني. ونحن نرى موقف المشرع المصري أفـــضل بالنسبة لتطبيق حكم هذه المادة على عقود إعداد البرامج من الناحية الفنية والتقنية بخـــصوص الـــزام المستخدم بالتسلم عند انتهاء المقاول من كامل العمل وليس من الجزء الـــذي ينهـــيه وذلك تبعاً لطبيعة البرامج وخصوصاً وأن التسلم الجزئي يعيد كثيراً قضية مطابقـــة المواصفات ويحمل المستخدم مسؤولية أي شي يحدث لما تم تسلمه. لذلك نقترح علـــى المشرع الفلسطيني تعديل هذه المادة عند سن القانون لتصبح تتوافق مع المادة ٦٥٥ مدني مصري.

البرنامج تحت يده سواء لفترة محددة أو فعلياً عبر استخدامه من قبله مصحوباً بضرورة القبول له أو الإقرار بقبوله سواء وقت التسليم أو بعده بفترة يتم تحديدها عقداً أو عرفاً وذلك لبيان صحة الوفاء بالمحل عبر إقرار هذا المستخدم عند تسلم البرنامج وبعد تجربته واستخدامه بأنه متوافق مع شروط العقد[1].

وبالنسبة لكيفية التسلم في عقود الإعداد فالأصل حسب احكام عقد المقاولة أن يتم التسلم في مكان العقد إذا لم ينص الاتفاق على خلاف ذلك وفي عقود الإعداد نجد أن الأمر يختلف حيث أن التسليم قد يكون عبر قيام المبرمج بوضع البرنامج على الجهاز المعد له أي الأجهزة التي لدى المستخدم حتى يتمكن من استخدامه وبيان مدى ملائمته وذلك يكون عبر تحميل البرنامج على الجهاز وهذه الصورة الشائعة في عقود الإعداد، وقد يكون التسليم عبر إعطاء المستخدم أقراص مرنة أو CD. وطبعاً إذا ما تم التسليم بهذه الطريقة بالمستخدم سوف لن يطلع على البرنامج بمجرد إعطائه هذه الأقراص وبالتالي تحف هذه العملية الكثير من المخاطر في طريقة تشغيله للبرامج أو تحميلها من قبله على الأجهزة الخاصة به مما يؤدي الى عدم تمكن المستخدم من الاستخدام السليم لها بسبب خوفه من احداثه لأعطال وعيوب بها أو قلة خبرته...الخ. وقد يكون التسليم للبرنامج محل الإعداد عبر البريد الالكتروني وهذه طريقة مع أنها شائعة ولكنها أكثر شيوعاً في عقود الترخيص بالاستعمال

---

(١) . لمزيد من التفاصيل- راجع د/ حسن جميعي - عقود برامج الحاسب- مرجع سابق ص٢٨٤ ود/ فاروق الحنفاوي- قانون البرمجيات مرجع سابق ص١٦٨- ١٧٣.

ولـــيس فـــي عقـــود مقاولات الإعداد بحيث يقوم المستخدم بتنزيل البرنامج عبر الاتصال بموقع الشركة المنتجة عبر الانترنت بمقابل مادي يتم دفعه عبر الفيزا كارد.. وبعقود نمطية- يمكن تطبيق هذه الطـــريقة علـــى عقـــود الإعداد ولكنها تحمل نفس مخاطر طريقة الأقـــراص التـــي تحمل البرامج ويتم تسليمها للمستخدم لذلك فنحن نـــرى أن الطـــريقة المثلـــى للتـــسليم في عقود الإعداد والتي تخدم وتراعـــي مـــصالح الطرفين بالقدر نفسه هي قيام المبرمج بخبرته الكبيرة وتقنيته وحرفته العالية بتحميل البرنامج على الجهاز المتوفر لـــدى المـــستخدم وتشغيله له وبيان التعليمات الأساسية الخاصة به وبالتالي تجربته سوياً كما أسلفنا.

فـــإن لـــم يتم الاتفاق على كيفية التسليم فلا مفر من الرجوع إلى القواعد العامة الى أعراف التي تشير إلى إتباع أفضل الطرق للقيام بهـــذا الالتـــزام وذلك لأن الالتزام بالتسلم هو يقابل التزام المبرمج بالتسليم والذي يمكن الطرفين من إبراء ذمتهما في مواجهة بعضهما الـــبعض، وعلى المبرمج إشعار المستخدم إذا ما قام بإعداد البرنامج فـــي وقـــت ســـابق لما اتفقا عليه وذلك للإسراع في عملية التسليم والاستلام وتهيئة الظروف المناسبة للبدء بعملية المطابقة ليتم القبول علـــى أثـــرها ولكـــن شرط أن لا يتعسف في ذلك ويراعى ظروف

المستخدم واستعداده لبدء العمل أو إمكانية تواجد الأجهزة التي سيتم وضع البرامج عليها[1].

وأخيـــراً لا يفوتنا القول انه في حالة إغفال تحديد مكان التسلم أو عـــدم الاتفاق عليه أو بروز نزاع حوله أو عدم وجود عرف يحكم هذا التصرف فإن المشرع المدني وكما أسلفنا عالج هذه الجزئية من خلال تحديد مكان الوفاء بموطن المبرمج أو مكان إعداد البرنامج.

إن قضية التسلم في عقود الإعداد ذا طبيعة خاصة بحيث لا يكون مـــع مرحلة تسلم المستخدم للبرنامج ومطابقة مواصفاته مع شروط العقـــد إبـــراءً لذمة المبرمج، فيجب أن تلحقها مرحلة أخرى تسمى مـــرحلة القـــبول وتظهر أثناء عملية الاستخدام وهدفها بيان القدرة العملية للبرنامج وإبراء ذمة المبرمج نهائياً.

ثانياً: قبول البرنامج:

بيـــنا أن التـــزام المـــستخدم بالتسلم لا يكون فقط بالتسلم المادي للبـــرنامج والتسليم بان مواصفاته تتطابق مع شروط العقد بعد التأكد منها ولكن يقترن تمام التسلم بقبول المستخدم للبرنامج.

حتى أن بعض الفقه يعتبر الالتزام بقبول البرنامج التزاماً مستقلاً عن الالتزام بالتسلم بدلالة إمكانية قبول البرنامج قبل تسلمه مادياً إلا أن الوضـــع الطبيعي يكون فيه تسلم البرنامج أولاً ومن ثم تتم عملية

---

(١). د/ محمـــد لبـــيب شـــنب- مـــرجع سابق ص١٥٣ و د/ نوري حمد خاطر- عقود المعلوماتـــية- مـــرجع سابق ص١٩٢. ود/ السنهوري- الوسيط - مرجع سابق- المجلد السابع- ج١- ص١٥٠.

القبول وبالتالي يمكن الفصل بينهما على الرغم من الترابط الكبير[1] ولكننا نميل إلى اعتبار القبول جزء من التسلم وهو الذي يجعله كاملاً أي أننا مع اعتبار التسلم غير مكتمل إلى حين إبداء المستخدم إقراره بالقبول التام.

وتعطي مرحلة القبول الحق للمستخدم بمراقبة البرنامج الذي تم إعداده له استكشافاً لمراعاة أصول البرمجة في عملية الإعداد وكذلك استظهار كافة المواصفات التي تم الاتفاق عليها من خلال القيام بفحص شامل للبرنامج للتأكد من مقدرته على معالجة البيانات، ومدى وقدرة البرنامج على مواجهة المشاكل التي من الممكن أن تواجهه في المستقبل ومراقبة السرعة والسعة التخزينية[2] ولكن كل ذلك يكون من حق المستخدم شرط تقيده التام بتعليمات التشغيل وإرشاداته التي وضعها المبرمج الذي يمكن له أن يشترط الاختبار والتجربة تحت إشرافه وبالتالي يكون اشتراطه للقبول في وقت محدد.

وبعد الانتهاء من عملية التشغيل والمراقبة واختبارات القبول تتم مراقبة سير عمل البرنامج أثناء استخدامه من قبل العاملين طبعاً بناءً على تعليمات المبرمج الذي يكون مسئولا عن أي خلل يحدث للبرنامج أثناء فترة الاختبار هذه لذلك يتوجب إخباره فوراً بأي عطل يحدث حتى يتمكن من إصلاحه ومعالجته مع ملاحظة أن فترة

---

(١). د/ حسن جميعي- عقود الاعداد- مرجع سابق ص٢٨٧- ١٨٨.

(٢). د/ ميرفت عبد العال- مرجع سابق ص٣٠٦- ٣٠٨.

الاختبار والقبول عادة ما يتم تحديدها ب ٩٠ يوماً[١] بحيث يتم قبول البرنامج فوراً بمجرد معالجته للبيانات وتحقيقه للنتائج المرجوة منه سواء بانقضاء المدة المعينة للقبول وهو التصرف الغالب في مثل هذه العقود أو قبل ذلك، بحيث تحتوي اتفاقية الإعداد على نموذج القبول الذي يتم التوقيع عليه، ويعتبر البرنامج مقبول قانوناً متى اجتاز الاختبارات ووضع موضع التشغيل الفعلي للمدة المتفق عليها وقع المستخدم على النموذج الخاص بالقبول مفيداً بذلك أن التسليم النهائي والموافقة النهائية قد حصلت.

فإذا تم هذا القبول من قبل المستخدم فإن هذا التصرف يترتب عليه نتائج بالغة الأهمية بخصوص عملية التسلم النهائي والتي تتجسد أهم نتائجه في الترخيص للمستخدم باستخدام البرنامج بعد قبوله لأن هذه الإجازة كانت واقفة على قبول المستفيد "المستخدم" وذلك خشية من قيامه بالتصرف بالبرنامج قبل قبوله أو إلحاق خلل به[٢]، وكذلك يعتبر القبول بمثابة تنازل المستخدم أو المستفيد عن أي عيب ظاهر في البرنامج وذلك لكونه علم به وأقر بموافقته من خلال قبوله للبرنامج وكذلك يترتب على القبول القيام بالوفاء بالبدل

---

(١). راجع في ذلك د/ فاروق الحفناوي- موسوعة قانون الكمبيوتر ونظم المعلومات ج١ عقد البرمجيات- ص٢٤١- الاختبارات والقبول.

(٢). د/ محمد حسين منصور- المسؤولية الالكترونية- مرجع سابق ص٨٣- ٨٧. د/ ميرفت عبد العال - مرجع سابق ص٣١٠، و د/ عزة خليل- مرجع سابق ص١٦٤- ١٧٠.

الـــذي يتم الاتفاق عليه سواء كان الوفاء مستبقى كله لحين القبول أو جزء منه[1].

هذا ويمكن أن تكون عملية التسلم النهائي ضمنية وليست صريحة وذلك من خلال اتخاذ المستخدم موقفاً يكون دالاً دلالة صريحة على قـبول البـــرنامج وتـــسلمه وذلـــك مثل قيامه بتسوية الحسابات مع المبرمج ودفع الالتزامات المتبقية أو فحص البرنامج وعدم إبداء أي تحفظ واستخدامه فكل هذه طرق تدل على القبول الضمني للبرنامج والذي يرتب آثار القبول الصريح تماماً[2].

أما في حالة عدم الاتفاق على توافر صفة من الصفات التي يجب توافـــرها في البرنامج وادعى المبرمج بتوافرها ففي هذه الحالة فإن أغلـــب الاتفاقيات والعقود في مجال الإعداد تشير إلى انتداب خبير فنـــي فـــي البرمجة محايد ليحكم على صحة إدعاء أحد الأطراف، ويتقاضـــى أجره من الشخص الذي كان ادعاؤه كاذباً ويلتزم بالوفاء بالتـــزامه الـــذي كان متوقفاً على صحة إدعائه[3]، أما إذا تبين أن البـــرنامج قـــد أخفـــق في معالجة البيانات بشكل كلي وليس مجرد أخطـــاء أي أن عـــدم تحقيق الغاية منه كانت كبيرة لدرجة مساسها بجوهـــر وظائفـــه وفقـــاً لما تم الاتفاق عليه فالمستخدم بالخيار في إعطـــاء فرصـــة أخرى للمبرمج لإعادة عمله وترتيبه ومعالجته مع

---

(١). د/ محمد لبيب شنب- عقد المقاولة- مرجع سابق ص١٥٢- ١٥٣، د/ عبد الرزاق حـــسين ســـي- المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء- رسالة دكتوراة- جامعة القاهرة- ١٩٨٧- ص٢٣٢.

(٢) . د/ محمد لبيب شنب- المرجع السابق ص١٥٢.

(٣) . د/ ميرفت عبد العال- مرجع سابق ص٣٠٨.

تعويضه عن العطل والضرر اللذين لحقا به نتيجة هذا الإخفاق والتأخير وبين فسخ العقد واسترداد ما دفعه مع حصوله على التعويض المناسب إن كان له مسبب[1].

ونلاحظ في ختام هذا الفرع أن تسلم البرنامج في عقود الإعداد يقترن دائماً بقبوله فالقبول هو الذي يجعل من التسلم والتسليم تاميين وهو الذي يرتب الكثير من أهم آثار هذا العقد الأخرى كالترخيص بالاستعمال أو الاستخدام وكدفع البدل وكنفاذ عقد الصيانة المتفرع عن عقد الإعداد إن وجد فالتسلم دون إبداء القبول يمكن أن يعني في الغالب رفض البرنامج بالشكل الذي هو عليه.

الفرع الثاني

جزاء إخلال المستخدم بالالتزام بالتسلم

خلصنا في الفرع الأول إلى أن التسلم يعني كقاعدة عامة القبول والاعتراف بمطابقة البرنامج للمواصفات عبر الفحص والاختبار والاستخدام واتفقنا على انه إذا تم التسليم على مراحل جزئية فإنه يصعب القول بتوافر القبول في عقود الإعداد (المعلوماتية) ما لم تكتمل كافة مراحل الإعداد ويتم اختبار الأجزاء مجتمعة واستخدامها والاطمئنان إلى كفاءتها في العمل ومطابقتها للغاية المأمولة منها[2].

---

(١). راجع المادة ٦٥٠ مدني مصري والمواد ٧٨٥ و ٧٨٦ مدني أردني والمواد ٨٠٦ و ٨٠٧ مشروع فلسطيني.

(٢). راجع المواد ٤٣٥ و ٦٥٥ من القانون المدني المصري.

إن الأصـــل في قضية التسلم بالالتزام على المستخدم أو المستفيد فـــي هذا العقد هو عدم اقترانها بإجراءات مشكلة معينة عدا اختبار القـــبول والاســـتخدام ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، ولكن نظـــراً لأهمـــية عملية التسلم في عقود إعداد البرامج وكما يمكن أن تثيـــره من مشاكل فإن عقد الإعداد غالباً ما يتضمن شروطاً خاصة توضـــح كيفـــية التسلم والتي تتمثل في أغلب الأحيان بالتوقيع على ملحـــق خاص بالعقد يفيد حصول التسليم بعد نجاح عملية القبول[١] وتوضح جزاء إخلال المستخدم أو المستفيد بالتسلم بالتزام عقدي بعد نجـــاح اختبارات القبول فإن لم تتضمن هذه العقود مثل هذه الشروط فـــلا مفـــر مـــن العودة لتطبيق الأحكام العامة الواردة في التشريع المدني بخصوص امتناع المستخدم عن تسلم البرنامج دون مسوغ او سبب قانوني يتيح له ذلك فقد أكد المشرع المدني في نصوصه على وجـــوب التنفـــيذ العيني على المستخدم إذا امتنع عن تسلم البرنامج وتقـــبله في الوقت المناسب، سواء كان ذلك حسب الاتفاق أو حسب ما يقتضيه العرف في مثل هذه العقود[٢].

ويكـــون ذلـــك عبـــر إرسال إنذار رسمي من قبل المبرمج إلى المـــستخدم لتسلم[٣] البرنامج ومعاينته وذلك لإجراء عملية قبوله في

---

(١) . د/ نـــوري حمد خاطر- مرجع سابق ص١٩٢ ١٩٣. ود/ محمد حسين منصور- المسؤولية الالكترونية- مرجع سابق ص٨٦.

(٢). راجع المواد ٦٥٥ مدني مصري و ٧٩٢ مدني أردني و ٨١٢ من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

(٣). نلاحظ هنا أن المشرع المصري أوجب أن يكون الانذار من المقاول إلى رب العمل انذار رسمي بالتسلم وهذا توجه أدق وأفضل من المشرع الأردني والمشروع الفلسطيني في

فتـــرة زمنية مناسبة حسب ما يقتضيه العرف في عملية إعداد مثل هذا البرنامج[1] حيث يتم تحديد مدة من خلال الإنذار نفسه.

فـــإذا انتهت مدة الإنذار ولم يقم المستخدم بتسلم البرنامج، اعتبر أنـــه قـــد تسلمه حكماً، حتى ولو لم يتسلمه في الواقع وبالتالي يكون مـــسؤولاً عـــنه من حيث قبوله بالعيوب الظاهرة ومن حيث وجوب دفع المقابل وتحمله لتبعه الهلاك بعد انتهاء هذه الفترة التي تم منحه إياهـــا وتحملـــه المسؤولية عن أي خلل يحدث للبرنامج وفي أي يد يكـــون [يد المبرمج أم يد المستخدم] كل ذلك بسبب أن المستخدم أو المـــستفيد لـــم يفِ بالتزامه بالتسلم بعد إنذاره وإعطائه فترة مناسبة للقيام بذلك حسب ما يقتضيه عرف المهنة[2].

إن الالتـــزام بالتسلم هو كقاعدة عامة التزام بتحقيق نتيجة، يتحقق الإخـــلال بـــه بمجـــرد عدم إتمامه أو التأخير في اتمامه أو إتمامه بطـــريقة معيبة ولذلك قلنا أنه يجب العمل بالقواعد العامة في العقود الملـــزمة للجانبين والتي تقضي كما بينا سابقاً بأنه في حالة لم يوف أحـــد الطـــرفين بالتـــزامه جاز للطرف الآخر بعد اعذار المدين أن

هذا الشأن اللذين اشترطا توجيه انذار ولكن لم يشترطا أن يكون هذا الإنذار رسمي- راجع المواد المشار إليها أعلاه في الهامش رقم ١.

(١). د/ محمـــد لبـــيب شـــنب- عقـــد المقاولة- مرجع سابق ص١٥٣ ود/ السنهوري- الوسيط- المجلد السابع ج١- مرجع سابق ص١٥٤.

(٢). د/ محمـــد لبـــيب شـــنب- عقد المقاولة- مرجع سابق ص١٥٤ و د/ السنهوري- الوسيط- المجلد السابع ج١- مرجع سابق ص١٥٣.

يطالب بالتنفيذ العيني أو بالفسخ مع التعويض في الحالتين إذا كان له مقتض[1].

وبالتالي وبناء على هذه الإمكانيات القانونية فإن المبرمج له اقتضاء تعويض حتى عن الفرص التي أضاعها إعمالاً لمشروع المستفيد أو المستخدم طالما أن هذا الأخير لم يتسلم العمل تعنتاً ودون إبداء أسباب مقنعة تتيح له ذلك وكذلك فيما لو طلب التنفيذ العيني يجوز له أن يطالب بالتعويض معه جنباً إلى جنب عن كل يوم تأخير في التسلم بعد انتهاء المهلة التي حددها في اعذاره طبعاً إذا أثبت أن ضرراً قد لحق به جراء هذا التأخير وكذلك له كما بينا سابقاً أن يطلب الفسخ مع التعويض... الخ.

المطلب الثالث

الالتزام بدفع المقابل

يعتبر الالتزام بدفع المقابل "الأجر أو البدل" من الالتزامات الجوهرية المترتبة على المستخدم هذا بالإضافة إلى كون هذا المقابل ركنا من أركان العقد، وحتى تبرأ ذمة المستخدم من تنفيذ هذا الالتزام فيجب الوفاء به في المكان والزمان المحدد في العقد، فإن لم يتم تحديدهما، فيتم الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني

---

(١) . يمكن مراجعة المادة ١٥٧/ ١ من القانون المدني المصري وهي تتطابق المادة ٢٤٦/ ١ من القانون الأردني والمادة من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

وتطبـــيقها على هذا العقد فيما يتناسب معه كالتزام أساسي يقع على عاتق المستخدم أو المستفيد في عقود الإعداد.

فمتـــى تم التسلم وقبول البرنامج يعتبر الوفاء بالبدل أثراً من آثار هـــذا القبول والتسلم على المستخدم الوفاء به، وخصوصاً وان أغلب الـــصور الـــشائعة في عقود الإعداد يكون بها المستخدم قد قام بدفع جزء من هذا المقابل واشترط دفع الجزء المتبقي بعد تسلم البرنامج وقبوله.

ويكون هذا المقابل عادة مبلغ من النقود محدد بعملة معينة ويجب التميز هنا ما بين الحديث عن عقد بيع والذي يعتبر فيه تحديد الثمن أو الـــبدل ركناً جوهرياً يؤدي عدم تحديده إلى بطلان العقد وبين ما إذا تـــم تكييف العقد على أن عقد من عقود الإيجار أو المقاولة فإن عدم تحديد الثمن لا يؤدي إلى بطلان العقد[١] إذ يمكن تحديده لاحقاً على إبرام العقد وتحت رقابة القاضي.[٢]

---

(١) . راجع المواد ٤١٨، ٤١٩، ٤٢٣، ٤٢٤ من القانون المدني المصري و المادة ٤٧٩ مـــن القانون المدني الأردني تنص على [يشترط أن يكون الثمن المسمى عند البيع ملعوماً ويكون معلوماً ١- بمشاهدته والإشارة إليه إن كان حاضراً ٢-ببيان مقداره وجنسيه ووصفه إن لم يكن حاضراً ٣- بأن يتفق المتبايعان على أسس صالحة لتحديد الثمن بصورة تنتفي معها الجهالة حين التنفيذ] والمواد ٤٨٦ و ٤٨٧ من المشروع المدني الفلسطيني والذي جاء مطابقاً لنصوص مواد القانون المدني المصري في هذا الشأن لكنه اختزلها في مادتين فقط وليس في ثلاثة مواد كما فعل المشرع المصري ونرى ان موقف المشرع سواء في مصر أو الأردن أو المـــشروع الفلسطيني كلها واضحة ولو اختلفت الصياغة في ابطالها للعقد او اذا تخلف موضوع تحديد الثمن ولم يتم الاهتداء إلى نية المتعاقدين في تحديده.

(٢) . تنص المادة ٦٥٩ من القانون المدني المصري على [إذا لم يحدد الأجر سلفاً وجب الـــرجوع فـــي تحديده الى قيمة العمل ونفقات المقاول] وهي تقابل المادة ٧٩٦ من القانون

ولقد أوجب المشرع المدني سواء في مصر أو في الأردن أو في مشروع القانون المدني الفلسطيني الوفاء بدفع البدل فور الانتهاء من إعـــداد البرنامج وتسلمه من قبل المستخدم[1] إلا إذا كان هناك اتفاق آخـــر بين الأطراف فيعمل به ويتم تطبيقه بدل هذه القواعد المكملة في القانون المدني بشرط أن لا يخالف الأحكام العامة لعقد المقاولة، لأن هـــذا العقـــد وكمـــا أوضحنا سابقاً يعتبر عقداً من ضمن عقود المقاولة.

فمتـــى أوفـــى المبـــرمج بالتـــزاماته وتم قبول البرنامج من قبل المـــستخدم فإن على هذا الأخير الوفاء بالبدل الواجب عليه والمحدد فـــي العقـــد وســـواء تم الاتفاق عليه صراحة أو ضمناً أو متى تم استظهاره من أهمية البرنامج وقيمته ومدى الجهد الذي بذله المصمم "المبـــرمج" فـــي إعـــداده فالتزام المستخدم بدفع البدل يكون مقابلاً للبـــرنامج الذي قام المبرمج بإعداده ويكون هذا البدل ملزم له سواء تم تحديده جزئياً أم كلياً أم أغفل تحديده أو تحديد جزئية منه[2].

المدني الأردني والمادة ٨١٨ من مشروع القانون المدني الفلسطيني- ولمزيد من التفصيل راجـــع د/ محمـــد حسين منصور-المسؤولية الالكترونية- مرجع سابق ص٩٨-٩٩ و د/ حسن جميعي- عقود برامج الحاسب- مرجع سابق ص٢٢.

(١). تـــنص المادة ٦٥٦ من القانون المدني المصري [يستحق دفع الأجر عند تسلم العمل إلا إذا اقتـــضى العـــرف أو الاتفاق بغير ذلك] وهي تطابق المادة ٧٣٩ من القانون المدني الأردنـــي والمادة ٨١٣ من مشروع القانون المدني الفلسطيني التي استثنت العرف وأبقت على الاتفاق الذي يقضي بغير ذلك.

(٢). الـــسنهوري- الوســـيط المجلد السابع ج١- مرجع سابق ص١٩٨ ود/ نوري حمد خاطر- عقود المعلوماتية- مرجع سابق ص١٩٣.

هذا بالإضافة إلى كون المادة ٦٦٠ من القانون المدني المصري تنص على [١-يستحق المهندس المعماري أجر مستقلاً عن وضع التصميم وعمل المقايسة وأخر عن إدارة الأعمال ٢-إذا لم يحدد العقد هذه الأجور وجب تقديرها وفقاً للعرف الجاري[١] وبالقياس على هذه المواد نلاحظ أن المشرع المدني قد أوجب دفع البدل حتى عن التصاميم التي قام المبرمج بوضعها للبرنامج فضلاً عن أجره عن التنفيذ والإشراف، ونرى أن النصيحة التي يقدمها المبرمج إلى المستخدم تدخل في نطاق هذا الالتزام بوجوب دفع بدل مناسب عنها والتي تؤدي إلى تحقيق غايات المستخدم من البرنامج وذلك لكونها اقتضت جهداً من المصمم لإيجاد ما يناسب حاجات المستخدم.

أكثر من ذلك في حالة ما إذا كان عقد الإعداد يتضمن نقل حق الاستغلال المالي للمستخدم او للمستفيد من قبل المبرمج او المصمم "مالك حقوق المؤلف أو حقوق النشر" فله أن يشترط مشاركة المستخدم في نسبة من الإيرادات التي تعود عليه نتيجة استغلاله للبرنامج محل التعاقد وذلك كمقابل أو كبدل أجره عن الإعداد[٢] فإذا

---

(١) . تنص المادة ١/٧٩٧ من القانون المدني الأردني [إذا لم يتفق المهندس الذي قام بتصميم البناء والاشراف على تنفيذه على الأجر استحق أجر المثل طبقاً لما جرى عليه العرف]. وتطابق المادة ٨١٩ من مشروع القانون المدني الفلسطيني و المادة ٦٦٠ من القانون المدني المصري في هذا الشأن والمشار إليها أعلاه.

(٢) . المادة ١٥٠ من القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ الخاص بحماية الملكية الفكرية "المصري" [للمؤلف أن يتقاضى المقابل النقدي أو العيني الذي يراه عادلاً نظير نقل حق أو اكثر من حقوق الاستغلال المالي لمصنفه إلى الغير على أساس مشاركة نسبية في الايراد الناتج عن الاستغلال...)

اكتشفت أن الأجر أو البدل الذي حصل عليه مجحف بحقه أو حدثت ظـروف أدت إلـى تحقيق أرباح مهولة بواسطة استغلال البرنامج الذي قام بإعداده فله أي المبرمج أو المصمم مالك حقوق المؤلف أن يطالـب بزيادة البدل أو الأجر الذي كان قد تم الاتفاق عليه[1] وكل ذلك لأن طبيعة البرنامج المعد فيها دائماً ابتكار وإبداع ذهني وأدبي يـصعب تقديره بالمال ويمكن له أن يلجأ إلى القضاء للمطالبة بهذا الحق الذي كفله القانون.

ومـع أن القانـون لم يحدد ولم يشترط أن يكون البدل أو الأجر نقـدي بـل أجـاز أن يكون عيني[2] كذلك إلا أن العرف في عقود الإعـداد جـرى على أن يكون البدل نقدياً[3]، وعليه فليس من حق المبرمج أو المصمم أن يطالب بزيادة أجره فيما لو زادت أو نقصت قيمة النقود المتفق عليها أو ارتفعت الأسعار حتى لو أدى هذا التغير إلـى جعـل التنفيذ صعباً عليه ولكن كل ذلك شرط أن لا يهدم هذا

---

(١). المادة ١٥١ من القانون المشار إليه في الهامش رقم (١) [إذا تبين أن الاتفاق المشار إليه في المادة ١٥٠ من هذا القانون مجحف بحقوق الملف أو أصبح كذلك لظروف طرأت بعـد الـتعاقد يكون للمؤلف أو خلفه أن يلجأ الى المحكمة الابتدائية بطلب اعادة النظر في قيمة المقابل المتفق عليه مع مراعاة حقوق المتعاقد معه وعدم الاضرار به].

(٢). المـادة ٦٤٦ مـن القانون المدني المصري وتقابل المادة ٧٨٠ من القانون المدني الأردني والمادة ٨٠٠ من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

(٣). د/ نبـيلة رسـلان- مـرجع سابق ص٢٢٥- ٢٢٦، د/ نوري حمد خاطر- عقود المعلوماتية- مرجع سابق ص١٩٣.

التغير التوازن الاقتصادي ما بين التزامات أطراف العقد فإن حدث فالقضاء هو المختص بتقدير زيادة الأجر من عدمه أو فسخ العقد[1].

أمـــا بخـــصوص كيفية وفاء المستخدم بالبدل أو الأجر فإن عليه الالتـــزام بالآلـــية التـــي تم الاتفاق عليها في العقد بخصوص كيفية الـــوفاء أو حـــسب ما يقتضيه العرف من حيث زمان ومكان الوفاء بالـــبدل، ويلتزم المستخدم أو المستفيد كذلك يرفع هذا البدل أوالأجر فـــي الوقت الذي تم تحديده في العقد إذا كان هناك تحديد لهو ومما يلاحـــظ فـــي عقـــود الإعـــداد أن الدفع يكون على مراحل فيلتزم المستخدم بدفع جزء من البدل إلى المبرمج عند إبرام العقد مع بدئه بالتنفـــيذ على أن يتم الوفاء بباقي الأقساط على مراحل أو بعد تسلم البـــرنامج وقبوله أو بعد انتهاء المبرمج من كل مرحلة من مراحل الإعـــداد علـــى أن يستبقى دائماً جزءًا مهماً من البدل يتم أدائه مع صـــدور القبول النهائي بعد التشغيل[2] وخصوصاً وأن أغلب عقود الإعـــداد تحـــتوي فترة تسمى فترة الضمان وفي هذه الفترة يضمن المبـــرمج أو المنتج أو [البائع حسب ما اتفق] صلاحية البرنامج في أدائـــه لـــوظائفه لمدة معلومة يكون خلالها المبرمج مسؤول عن أي

---

(١) . يمكـــن مـــراجعة المواد ٦٥٨/ ٤/٣ من القانون المدني المصري ٧٩٤ من القانون المدني الأردني و ٣/٨١٦ و ٨١٧ من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

(٢). د/ محمـــد حسام لطفي- عقود خدمات المعلومات- مرجع سابق ص١٤٩- ١٦٣. ود/ محمـــد حـــسين منـــصور- مـــرجع سابق ص١١٠ود/ حسن جمبعي - عقود برامج الحاسب- مرجع سابق ص٢٩٠- ٢٩١.

خلـــل يحـــدث فيه وعن معالجته[1] فغالباً ما يلجأ المستخدم إلى هذا البند في عقود المعلوماتية "الإعداد" عندما يجد نفسه عاجزاً عن فهم مكـــنونها وتعقيداتها وصلاحيتها للعمل وخصوصاً عندما يكون أمام شـــركات عملاقة فيلجأ إلى الاتفاق على الضمان وبغض النظر عن طبـــيعة عقـــد البـــرامج [بيع، مقاولة، إيجار] ملزماً هذه الشركات باســـتبدال البرنامج أو إصلاحه عند حدوث أي خلل فيه وخصوصاً وأن المستخدم يرى دائماً في قواعد الضمان الاتفاقية الملزمة أسلوباً أفـــضل بكثير من لجوئه إلى قواعد العيوب الخفية لحمايته فغالباً ما يـــتعذر عليه ذلك أمام الطبيعة المعقدة للبرامج وبالتالي نجده يشترط دفع الدفعات الأخيرة بعد انتهاء فترة الضمان في الغالب.

فإن لم يتم تحديد هذه المواعيد بالاتفاق فلا مجال إلا الرجوع الى العـــرف المتبع في مثل هذه العقود والذي يدل كما أسلفنا على دفع جـــزء من المقابل عند إبرام العقد وبدء التنفيذ والجزء المتبقي عند قبول البرنامج واعتباره مطابقاً للغاية والمواصفات والمقاييس المتفق عليها.

وبخـــصوص مكان الوفاء بالمقابل أو الأجر فيجب الوفاء به في المكـــان المتفق عليه بناء على إرادة أطراف العقد وكذلك إذا لم يكن هـــنالك اتفـــاق علـــى المكـــان فيم الوفاء في المكان الذي يتم تسليم

---

(١). يمكـــن مـــراجعة – د/ فاروق الحفناوي- عقود البرمجيات- مرجع سابق ص٢٤٤ وهامشها. ود/ محمد حسين منصور- مرجع سابق ص١٠٩.

البـــرنامج له وهو العرف في عقود الإعداد[1] فإن لم يتم تطبيق ذلك أو معرفة أو تحديد عرف ما نعود إلى القواعد العامة التي توجب أن يـــتم دفع المقابل في موطن المستخدم على اعتبار أن المقابل النقدي مـــن المثلـــياتِ وأن المبـــرمج ســـيقوم بتسليم البرنامج في موطن المـــستخدم[2] ولكن لكي نكون واقعين فإن الدفع في هذه الأيام وفي مـــثل هذه العقود سيكون في الغالب دفع بواسطة البنوك أو بطاقات الائـــتمان أو الـــشيكات أو البطاقات الالكترونية ... الخ من وسائل التكنولوجيا الحديثة.

وأخيراً نقول إن عدم التزام المستفيد أو المستخدم بدفع المقابل أو الأجـــر المـــتفق عليه يجعله يتحمل المسؤولية عن الإخلال بالتزام عقـــدي ويعطـــي المبـــرمج الحق في اللجوء إلى الطرق والوسائل القانونية المشروعة في سبيل الحصول على هذا الحق.

المبحث الثالث

المسؤولية عن الإخلال بالالتزام

بالـــرغم من تطرقنا في المبحثين السابقين من هذا الفصل لبعض حـــالات المسؤولية عن إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته التي قررها عقـــد الإعـــداد، إلا أنـــنا فضلنا ان نبحث المسؤولية بشكل عام في

---

(١). د/ محمـــد حـــسين منصور- مرجع سابق ص٩٨-٩٩. د/ فاروق الحفناوي- عقود البرمجيات- مرجع سابق ص٢٤٣ وهامشها.

(٢). راجع في ذلك د/ محمد لبيب شنب- أحكام عقد المقاولة- مرجع سابق ص١٥٦ د/ السنهوري- الوسيط- مجلد ٧ج١- مرجع سابق ص٢٥٤.

مـــبحث مستقل من هذا الفصل، وذلك لأنها يمكن أن تثور في عقود الأعـــداد بـــشكل يتميـــز بعض الشيء عن أحكام المسؤولية العقدية بشكل عام.

فقـــد يخل المبرمج أو المستخدم "المستفيد" بالتزام رتبه عليه العقد وذلـــك إمـــا بامتـــناعه عن التنفيذ لأحد هذه الالتزامات ولتأخره في تنفـــيذها ويمكن أن يكون هذا الإخلال ناتج أيضاً عن التنفيذ المعيب لهـــذه الالتـــزامات أو لبعـــضها مما يترتب عليه الفسخ أو الانحلال مقترنين بالتعويض إن كان له مسوغ.

وهـــذه المسؤولية التي تنشأ عن هذا الإخلال هي مسؤولية عقدية الا اذا ارتكـــب المـــدين بها غشاً أو خطأ جسيماً فتصبح المسؤولية تقـــصيرية وذلك لكون هذه الأفعال غير متوقعة وترتب ضرراً غير متوقع مما يدخلها في دائرة المسؤولية عن الفعل غير المشروع[1].

وبمـــا أن شـــروط المسؤولية العقدية هي من القواعد العامة فلا يـــوجد ما يميزها في عقود الإعداد كما أسلفنا أعلاه عن غيرها من العقود الا قضية التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي وكذلك شرط الإعفـــاء من المسؤولية الذي يلجأ إليه المبرمج أو المنتج في أغلب تعاقداتـــه لـــذلك وتحاشياً للتكرار ولشيوع تطبيق هذه الشروط على عقود الإعداد سنقوم بدراستهما عبر مطلبين متتاليين لنبحث في مدى قانونيـــتهما ثـــم سنبحث في التعويض في عقود الإعداد في مطلب ثالث.

---

(١).راجع المادة ٢/٢١٧ من القانون المدني المصري والمادة ٢/٣٥٨ من القانون المدني الأردني والمادة ١/٣٧٣ من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

المطلب الأول

الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي)

يعرف الشرط الجزائي في عقود الإعداد بأنه الشرط الذي يلحق بالعقد ويحدد فيه المتعاقدين مقدار التعويض المترتب على أحد المتعاقدين اذا أخل بالتزام معين أو اذا امتنع عنه او إذا تأخر في تنفيذه أو إذا نفذه معيباً[1]. فيكون هذا التعويض هو سقف ما يستحق أحدهما من قيمة معينة نتيجة إخلال الآخر بالتزامه، اي أن قيمته محددة سلفاً باتفاق أطرافه.

والشرط الجزائي شائع في عقود الإعداد سواء مقاولة الإعداد أو الترخيص باستعمال برنامج ما أو عقود الإيجار الواردة على بعض البرامج الخاصة[2]. وكما أسلفنا فهو اتفاق مسبق فيما بين المتعاقدين على تقدير حجم الضرر الذي تعرض له أحدهما نتيجة إخلال الآخر بالتزام كان قد رتبه عقد الإعداد عليه بحيث لا يعتبر جزاءاً أو عقوبة رغم تسميته بذلك وإنما في الحقيقة هو تعويض مدني جزافي واجب الأداء في حالة إخلال المدين بالتزام رتبة العقد عليه

---

[1] لمزيد من التفصيل راجع دا ابو العلا علي أبو العلا النمر- مرجع سابق ص٧٤ وما بعدها و د/ فاروق الحفناوي- عقود البرمجيات، مرجع سابق، ص١٠٥.

[2] هناك بعض شركات البرمجة تشترط حد أقصى للتعويض الاتفاقي، بحيث لا يزيد هذا الحد عما دفعه المستخدم "أو المستأجر للبرنامج" كرسوم إيجار أو بدل استعمال لمدة معينة غالباً ما تكون سنة يتم تطبيقه إذا وجدت حالات يرفض فيها القانون اشتراط الإعفاء من المسؤولية ويكون حداً أقصى للإخلال بأي التزامات عقدية...الخ راجع – د/عادل أبو هشيمة- مرجع سابق ص٢٢٤-٢٢٥ ود.فاروق الحفناوي- المرجع السابق ص١٠٦و د/ نوري حمد خاطر- عقود معلوماتية مرجع سابق ص٢٢١.

دون أن يلتـــزم الدائن بإثبات الضرر أو مقداره لأنه كما تقدم قد تم تقديـــره سلفاً حتى يتم إعمال الشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي فـــي عقـــد الإعـــداد كمـــا في العقود الأخرى فيجب إعذار المدين بضرورة التنفيذ أو بضرورة الإسراع أو حيثما اتفق ويرجع في ذلك الـــى شروط العقد لبيان إن كان الاعذار سيأخذ حكم القواعد العامة بـــضرورة حصوله أم أنه قد تم الاتفاق على شكل معين له أو حتى قد تم الاتفاق على استثنائه[١].

وعلى ذلك نلاحظ أن دور الشرط الجزائي يقتصر على تعويض الـــضرر الذي تم توقعه عن الإخلال بالالتزام عند التعاقد ولا يشمل ذلـــك تعـــويض الضرر الناشئ عن الغش أو الخطأ الجسيم لأن هذا يدخل في دائرة العمل غير المشروع، فحتى لو كان الشرط الجزائي قـــد تـــم تقديـــره وإقراره بموجب عقد إعداد وحصل للمستخدم أو المـــستفيد ضـــرراً بـــسبب غش المبرمج أو خطأه الجسيم، فلا يتم الاعـــتداد بـــه، بل يتم تقدير التعويض المستحق عن ذلك بعيداً عن قـــواعد المـــسؤولية العقدية أو التعويض الاتفاقي ويتم الاستناد الى قـــواعد التعويض عن الفعل الضار (المسؤولية التقصيرية)[٢] والتي

---

(١).المادة ٢١٨ من القانون المدني المصري (لا يستحق التعويض إلا بعد اعذار المدين مـــالم يـــنص على غير ذلك) تقابل المادة ٣٦١ القانون المدني الأردني والمادة ٢٧٨ من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

(٢).المـــادة٢١١ مـــن القانون المدني المصري (١-في الالتزام....٢-وفي كل حال يبقى المدين مسؤولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم)والمادة ٣/٢١٧ من نفس القانون (ويقع بـــاطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة عن العمل غير المشروع). تقابل

دائمـــاً يكون فيها أحكام التعويض كما هو معروف أشد وأقصى منه في المسؤولية العقدية.

وغنـــي عـــن القول أن الشرط الجزائي إن كان مقرراً في عقود الإعـــداد مثلاً للتعويض عن التأخير في تسليم البرنامج فلا يعمل به للـــتعويض عـــن شـــيء آخر كالامتناع عن التسليم أو التسلم الغير مطابـــق للمواصـــفات ودلالـــة الحديث ان الشرط الجزائي يعمل به حيثما ورد ليعالج ما ورد لأجله، فقد يكون للامتناع عن التسليم سبباً مشروعاً كالحق في الحبس في الالتزامات المتقابلة....الخ، المهم في هـــذا أن لا يتم تعميم الشرط الجزائي إن كان مخصصاً لحالة على الحـــالات الأخرى وبنفس هذا المفهوم نقول أن الشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي إن كان موضوعاً كحد أقصى للتعويض مثلاً عن عدم تنفيذ العقد وحالات أخرى أقل جسامة من عدم التنفيذ فلا يعمل بـــه علـــى إطلاقه وللتوضيح نقول أن عدم التنفيذ مثلاً ليس كمثل التأخيـــر في التسليم او التأخر في الانتهاء من العمل وبالتالي تسليمه ولـــذلك ليس من العدالة ان يطالب الدائن المدين بقيمة التعويض كما هـــي فـــي الـــشرط الجزائـــي عن عدم التنفيذ لتشمل وتساوي قيمة الـــتعويض عن التأخير وخصوصاً وأن شركات البرمجة تضع دائماً حـــداً أقصى للتعويض يكون يتلاءم مع أقصى درجات الإخلال لكي تبقـــى القضية نسبة وتناسب، وعليه يجب دائماً احترام القوة الملزمة للعقد.

المـــواد ٢٧٠ و ٢٧١ من القانون المدني الاردني والمواد ٢/٢٦٩ و ٢/٢٧٥ من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

ولا يخفى ان هناك سلطة تقديرية للقضاء في تقدير قيمة التعويض المستحق حقيقة فيما لو أثبت المدين أن الشرط الجزائي المتفق عليه في العقد كان مبالغاً فيه كثيراً أو أنه قد قام بتنفيذ جزء من التزاماته ولكن لا يجوز في نفس الوقت أن يطالب الدائن زيادة قيمة هذا التعويض الاتفاقي حتى لو جاوز حجم الضرر ما تم توقعه عند الاتفاق عليه وفي مقابل هذه القاعدة، فإن الدائن له الحق في التعويض عن إخلال المدين بالتزامه حتى لو أثبت هذا المدين أن الدائن لم يلحقه اية أضرار نتيجة عدم تنفيذه لما هو واجب عليه بموجب العقد[1] . فهذا ما تم اتفاقهم وتراضيهم مسبقاً عليه، وبالتالي يجب العمل به حتى أن القضاء الفرنسي يميل الى إعمال الشرط الجزائي كما هو حتى لو كان مبالغاً فيه وذلك توجيهاً وضغطاً منه على المتعاقدين بضرورة الوفاء عيناً بالتزاماتهم[2].

---

(١). المادة ٢٢٤ مدني مصري (١. يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه اي ضرر. ٢. يجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه أو أن الالتزام الأصلي كان قد نفذ في جزء منه. ٣. يقع باطل كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين) والمادة ٢٢٥ (إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب باكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت ان المدين قد ارتكب غشاً أو خطا جسيماً) ولم يأخذ المشرع في القانون المدني الأردني إلا بالتعويض عن الضرر الحقيقي والمباشر- راجع في ذلك- المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني مرجع سابق شرح المادة ١٦٤وكذلك فعل المشرع الفلسطيني في مشروع القانون المدني في المادة ٢٧٦ (لا يكون التعويض الاتفاقي مستحق اذا اثبت المدين ان الدائن لم يلحقه أي ضرر)

(٢). د/ نوري حمد فاطر- عقود المعلوماتية- مرجع سابق ص٢٢٢.

والـــشرط الجزائـــي له فاعلية كبيرة في عقود إعداد البرامج في حـــث كلا الطرفين على تنفيذ التزاماتهم المتقابلة بحيث يكون بمثابة دافع لهما للقيام بها على الرغم من أن القضاء له دور في تعديل هذا الـــشرط إن لـــم يتناســـب مع الضرر ولكن ولما تقدم فإن القضاء الحـــديث يمـــيل إلى ترك الشرط الجزائي كما هو وذلك لاعتبارات مـــنها أنه قد وضع بملئ إرادة الأطراف وكامل حريتهم وأن بقاءه وعدم تخفيفه سيكون دافعاً للمتعاقدين دائماً بالوفاء بالتزاماتهم هذا إذا مـــا أضـــفنا أنـــه في نظر المدين به فليس مضموناً تخفيف الشرط الجزائي وإن تم تخفيفه فلن يتجاوز ذلك استنفاذ الحاجة من وضعه.

وأخيـــراً فـــإن عقود الأعداد يمكن ان تحتوي على شرط جزائي علـــى شـــكل فوائد تأخيرية ونلاحظ ذلك عادة بامتناع المستخدم او المـــستفيد عن دفع باقي المبالغ التي في ذمته للمبرمج أو تأخيره في ذلـــك بحيث يكون العقد أساساً قد رتب هذه الفوائد ونص عليها فيما لـــو تأخـــر السداد وفي هذه الحالة يجب الرجوع الى القواعد العامة أيـــضاً والتـــي تقضي باستحقاق هذه الفوائد منذ تاريخ إعذار المدين بـــسداد الـــدين المستحق فالاعذار هنا يشكل بداية المطالبة القضائية وخصوصاً إذا تم الاعذار بطريقة رسمية[1].

---

(١).راجـــع المواد ٢٢٦ من القانون المدني المصري والتي تشترط بالإضافة إلى الاعذار وكـــون الالتـــزام سداد مبالغ من النقود تشترط قدران لفوائد التأخير سواء كانت اتفاقية أو قانونـــية لا يـــزيد عن ٤ بالمئة في المسائل المدنية و٥ بالمئة في المسائل التجارية والمادة ٢٢٧ مـــن نفس القانون التي أجازت أن يكون سعر الفائدة ٧بالمئة والمادة ٢٢٨ التي لا تـــشترط لاستحقاق فوائد التأخير ان يثبت الدائن ان ضرراً قد اصابه، وقد تهرب المشرع الأردنـــي فـــي القانـــون المدني من النص على الفوائد ولكن القضاء في الأردن يعمل بها

المطلب الثاني

شرط الإعفاء من المسؤولية

الأصـــل وكما هو معروف أن المسؤولية العقدية منشأها العقد أي اتفـــاق الأطراف ورضائهم التام بهذه المسؤولية وآثارها وبناءً على ذلك يكون لهم تعديلها بتشديدها أو تخفيفها[1]. وذلك طبعاً في حدود الآداب والـــنظام العام وعلى هذا جاء نص المادة ٢١٧ من القانون المدنـــي المصري فقررت (١- يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تـــبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة، ٢-وكذلك يجوز الاتفاق على إعفـــاء المـــدين مـــن أيـــة مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي الا ما ينشأ عن غشه أو خطأه الجسيم...) [2].

انطلاقاً من نصوص قانونية أخرى معتبراً ان هناك ضرراً يقع دائماً إذا كان محل الالتزام مـــبلغ من النقود وتأخر المدين في سداده يجب أن يترتب عليه فوائد، وكذلك فعل مشروع القانـــون المدنـــي الفلسطيني فلم يتطرق الى الفائدة رغم أن القضاء في فلسطين يعمل بها لمـــزيد من التفصيل- راجع د/ أنور سلطان-مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني- مرجع سابق ص٢٦١- ٢٨٠ وانظر كذلك. تميز حقوق رقم ٨١/٤٨٦ في ١٩٨١/١٠/٥ مجلـــة نقابـــة المحامين ١٩٨٢- عمان س ٣٠ع٤ ص٤٨٤. انظر كذلك تميز حقوق رقم ٨٢/٧٦٨ فـــي ١٩٨٣/١٠/٢٩ مجلـــة نقابـــة المحامين- عمان ١٩٨٣ س/٣١ ع ٥ ص ١٥٦٥.

(١).اســـتأذنا د/ أحمـــد شرف الدين، نظرية الالتزام - الكتاب الأول- مرجع سابق ص ٣٦٠ و د/ أنور سلطان- مصادر الالتزام- مرجع سابق ص ٤٠٥.

(٢). لـــم يتـــضمن القانون المدني الأردني نص مشابهاً او مقابلاً لنص المادة ٢١٧ من القانـــون المدني المصري والتي أوردها مشروع القانون المدني الفلسطيني في مادته رقم ٢٧٣ كمـــا هـــي ويفيد ذلك ان المشرع الأردني يجيز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية وذلـــك يـــتأكد لنا من نص المادة ٣٦٤ من القانون المدني الأردني والتي تنص على (١- يجـــوز للمتعاقدين ان يحددا مقدماً قيمة الضمان بالنص عليها في العقد او في اتفاق لاحق

الظاهر من هذه المادة ان الأصل في القانون المدني المصري هو حرية المتعاقدين في تعديل أحكام المسؤولية العقدية بالإعفاء او التخفيف منها أو التشدد والتشديد فيها (بالاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة) كما هو صريح نص المادة السابقة وليس في هذا ما يخالف النظام العام وذلك كما أسلفنا لأن من المنطق منح الإرادة التي أنشأت المسؤولية الحق في تعديلها.

ولا يرد على هذا الحق حسب القواعد العامة الا استثناءان احدهما نص عليه المشرع المصري والآخر قال به الفقهاء وهما [1]:

اولاً: حالة الغش والخطأ الجسيم فلا يجوز مطلقاً الاتفاق على التخفيف من المسؤولية أو الإعفاء منها فيما لو ارتكب احد أطراف

مع مراعاة أحكام القانون ٢- ويجوز للمحكمة في جميع الأحوال بناءاً على طلب احد الطرفين ان تعدل هذا الاتفاق بما يجعل التعديل مساوياً للضرر ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك) ومعنى ذلك أيضا انه حتى لو اتفق على تعديل أحكام المسؤولية فان احد الأطراف دائماً له مصلحة في تعديل هذا الاتفاق ولذلك قلنا بعدم اخذ المشرع الأردني مطلقاً بقضية الإعفاء من المسؤولية ونسبياً بقضية تخفيفها او تجديدها ومما يلاحظ في هذه المادة انها تحدثت عن مقدار التعويض " الضمان " ولم تتحدث عن طبيعة الالتزام والذي يمكن تعديل المسؤولية من خلال طبيعته فبدل ان تكون التزام ببذل عناية يمكن الاتفاق فيما لا يخالف النظام العام والآداب على ان تكون طبيعة الالتزام تحقيق نتيجة وبذلك يتم تجديد أحكام المسؤولية مثلاً للمزيد من التفاصيل راجع المذكرات الإيضاحية في القانون المدني الأردني ج١ مرجع سابق ص ٤١٦-٤١٧.

(١). د/ أنور سلطان- مصادر الالتزام- مرجع سابق ص٤٠٦. د/ أحمد شرف الدين- نظرية الالتزام- مرجع سابق ص٣٦١.

العقـد غشاً تجاه الآخر أو خطأ جسيم وبقياس ذلك على عقود إعداد بـرامج الحاسب الآلي يمكن أن يتجسد الغش أو الخطأ الجسيم في صـورة الفيـروس الـذي يقوم المبرمج بوضعه في البرنامج محل الإعـداد عـند تسليمه للمستخدم أو أثناء فترة الصيانة او الضمان ويقـوم بتـشغيله فـي وقت معين لتدمير هذا البرنامج أو شل عمله وتدميـر ذاكـرة الحاسـب فـيما لو لم يف المستخدم أو المستفيد بالتـزاماته في المواعيد المحددة فإن أوفى يقدم له المبرمج الوسيلة المناسبة لوقف الفيروس وتدميره أو بهدف الابتزاز والحصول على مكاسـب معيـنة...الـخ. وبالإضافة إلى كون المبرمج يضمن عدم التعـرض ويضمن العيب الخفي وبغض النظر عن الصورة التي تم فـيها عقد الإعداد -إيجار بيع- مقاولة الا ان القضاء و الفقه تشدداً فـي منع هذه الطرق بحيث لم يجيزا للمبرمج القيام بها وتعاملا مع الموضـوع انطلاقاً من كونه غشاً وخطأً جسيماً يوجب التعامل مع المبـرمج وفـق أحكـام المسؤولية التقصيرية وليس العقدية، ومن المعـروف انـه الـتعويض عن المسؤولية التقصيرية سيكون عن الضرر المتوقع وغير المتوقع على عكس المسؤولية العقدية وبنص القانون ايضاً ان لا مجال لوضع شرط يعفي المبرمج من المسؤولية عن غشه أو خطأه الجسيم. وكل ذلك رفضاً من القضاء والفقه لمثل هـذه الأسـاليب فـي عقود البرامج[1]. حتى ان بعض القوانين[1]

---

(١). د/ محمد حسين منصور المسؤولية الالكترونية- مرجع سابق ص ٢٤٧-٢٥٥و د/ عزة خليل- مرجع سابق ٥٨و١١٦و ٢٨١.

اعتبرت ذلك احتيالاً خصوصاً عندما يكون البرنامج في يد المستخدم وتتم زراعة الفيروس لتحقيق هذه الأغراض حتى لو تأخر المستخدم في السداد فهذا لا يبرر حصول تدمير كامل لبرنامجه يمكن أن تترتب عليه أضراراً فادحة لم تكن في الحسبان ولذلك لا يمكن القبول بهذا الأسلوب حتى لو كان لدى المبرمج أسباب لعدم التنفيذ .

ففي قضية [٢] ما بين شركة Clayton وهي شركة أمريكية تتعامل في أجهزة أشعة x والأفلام والأحماض الخاصة بها بحيث تبيعها للأطباء والمستشفيات وشركة (psc) وهي كذلك شركة أمريكية مختصة بتصميم وتوريد برامج الكمبيوتر واسمها بالكامل. Professional systems crop بحيث تعاقدت الأولى مع الثانية على توريد برنامج كمبيوتر يقوم بالإدارة والرقابة على عملياتها في شهر شباط عام ١٩٨٣ وقد عمل مهندسي شركة psc حوالي ١١٠٠ ساعة عمل لإصلاح الأعطال التي ظهرت في البرنامج في حينه وفي بدايات عام ١٩٨٦ أبلغت شركة psc شركة Clayton انها انتقلت الأن من مرحلة تركيب وتشغيل البرنامج الى مرحلة

---

(١).راجع المادة ٣/A/١٠٣٠ من القانون الفيدرالي للتجارة الموحد. الذي اعتبرت هذا العمل من قبيل الاحتيال والمادة ٣٨٧ معدلة- من القانون الجنائي الكندي لسنة ١٩٨٥ والتي اعتبرت هذا العمل جريمة غير مبررة مهما يكن الدافع والمادة ٣٠٣ من القانون الألماني الثاني للوقاية من الجريمة الاقتصادية الصادر عام= ١٩٨٦=...الخ قامت بترجمتها وأشارت اليهما – د/ عزة خليل مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسب- رسالة- مرجع سابق هامش ص ٦٨-٦٩.

[1] Clayton xray.cov.professional systems crop. 1991.

Raysman and peter brown. Law journal.v.١.1998.p.r.p.7-8.

الـصيانة والـدعم الفنـي standard support and possible modificication need phase وطالبـتها بالتالـي بدفـع باقي مـستحقات العقـد الموقع معها فرفضت شركة clayton دفع باقي المـستحقات متذرعة بوجود بعض الاخطاء بالبرنامج فقامت PSC دون أن تـدري شركة Clayton بزرع فيروس في البرنامج يؤدي إلـى توقف البرنامج تماماً العمل في وقت تم تحديده سلفاً١ وهو في قـضيتنا كان ١٩٨٦/١٠/٣١ وحيث هل توقف البرنامج عن العمل فعـلاً وظهـرت على الشاشة رسالة تقول "راجع PSC بخصوص مستحقاتها طرفكم" ولكن شركة Clayton قامت بالتعاقد مع مبرمج آخـر اسـتطاع التغلب على الفيروس وإصلاح الخلل وحين رفعت القـضية إلـى المحكمة في ولاية نيويورك الأمريكية طالبت شركة Clayton بالـتعويض عـن الأضـرار التـي لحقتها جراء توقف البـرنامج بـسبب تصرف PSC وحين طالبت شركة PSC بباقي مـستحقاتها وجـاء حكم المحكمة ليؤكد ما قلناه في هذه النقطة من رفـض هذا الأسلوب اعتباره غشاً فقد حكمت المحكمة على الشركة

---

(١).فـي لغـة البرمجيات- القنبلة الموقوتة time bomb، حيث يتم وضع الفيروس في البرنامج فيستقر في الذاكرة الرئيسة للجهاز وينتظر حتى تشير ساعة الكمبيوتر أو الحاسب الى تاريخ معين فيقوم بتشغيل نفسه وتنفيذ اعمال تدميرية وتميز هذا النوع من الفيروسات بـان البرنامج الذي يحتوي عليها يبقى يعمل بكفاءة ودون أخطاء طيلة الحدة قبل حلول سـاعة الـصفر وكذلك هذه الفيروسات تتميز بقدرتها على الانتقال من برنامج الى اخر بـسرعة كبيرة جداً. لمزيد من التفاصيل راجع- د/ عزة خليل مرجع سابق ص٦٢. و د/ فـاروق الحفناوي- عقود البرمجيات- مرجع سابق ص٨٠ . و د/ محمد حسين منصور- المسؤولية الكترونية- مرجع سابق ص٢٤٤-٢٤

بتعويـضات بلغـت ٧١ ألف دولار مع الحكم لها بكامل مستحقاتها والـبالغة ١١ ألـف وسـتمائة دولار وقـد أيدت محكمة استئناف نـيويورك هـذا الحكم ولم تأبه لما أبدته شركة psc من دفاع عن نفسها بقولها إن ما فعلته لم يكن بنية خبيثة أو بسبب غش وإنما كان فـي سبيل المطالبة بالحقوق التي لها عند شركة Clayton وقالت محكمـة الاستئناف إن الدلائل المتوفرة لديها كافية للحكم على psc بتعويض عقابي(١). حيث ليس لديها حق قانوني أو حتى شبه قانوني لإيقاف عمل برنامج Clayton مقارنة إياه بالعمل الأخلاقي المذموم الذي ارتكب بنية خبيثة.

ثانياً: وهو ما يتبناه الفقهاء بخصوص شرط الإعفاء أو التخفيف من المـسؤولية بوجـوب أن يكون متعلقاً بالضرر اللاحق بالمال وليس بالأشـخاص(٢). فإن لحق الضرر سواء المادي او المعنوي بشخص مـا يكون شرط التخفيض أو الإعفاء من المسؤولية باطلاً وذلك لأن شـخص الإنـسان من غير الجائز أن يكون محلاً لإمكانية إصابته بضرر أو محلاً لاتفاقيات مالية.

---

(١).هـذا الـنوع من التعويض مقرر في القانون الامريكي زيادة على التعويض العادي كـنوع مـن العقـاب على الأشخاص الذين تنطوي أفعالهم التي سببت ضرراً على غش بالإضافة الى التعوييض الذي تقرره المحكمة لجبر الاضرار الفعلية التي لحقت بالمضرور Law dictionary- Stern .H .Gifis .third edition ,Barron's educational series. Inc. 1996. P.117.

(٢).د/ أنـور سـلطان – المـرجع السابق- ص٤٠٦، ود/ أحمد شرف الدين- المرجع السابق ص٢٦٢.

ولكـــن وإذا كان ظاهر الأمر أن تطبيق شروط القواعد العامة في المـــسؤولية العقدية بإمكانية تخفيفها أو التشدد فيها أو حتى الإعفاء مـــنها يبـــين لنا انها مباحة في سائر العقود، إلا ان تطبيق ذلك على عقـــود إعـــداد بـــرامج الحاسب الآلي ومهما كانت طبيعة هذا العقد (مهمـــا اتجهت إرادة الأطراف الى تكييفه أو مهما تم تكييفه قضائياً) مقاولـــة أو بـــيع أم إيجـــار، له ضوابط معينة وتحكمه كذلك بعض النصوص الخاصة والتي ليس أبسطها قوانين حماية المستهلك كذلك سنحاول فيما يلي بحث إمكانية اشتراط أحد أطرافه وبالذات المبرمج إعفاء نفسه من المسؤولية أو تخفيفها عليه ومدى قانونية هذا الشرط فـــي ضـــوء مـــا يحكـــم هذا العقد من ظروف خاصة به علماً بأن المستخدم فيما ندر يشترط إعفاء نفسه من المسؤولية في هذه العقود نظراً لعدة اعتبارات.

أولاً: حكـــم شرط الإعفاء من المسؤولية إذا اشترطه المبرمج حسب الأصـــل فـــإن شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية يقع صحيحاً إذا تضمنه عقد صحيح ويترتب عليه إعفاء المدين من المسؤولية بالقدر الـــذي يتضمنه الشرط[1] ولكن عند تطبيقه على عقود إعداد برامج الحاســـوب وإن اشترط المبرمج في مواجهة المستخدم نرى انه يقع باطلاً ويظل العقد صحيحاً وذلك للأسباب التالية:

١. اعتبـــرت المـــادة ٤ من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ وتعديلاته اللاحقة في فقرتها "ط" أن الاستغلال التجاري

---

(١). د/ الـــسنهوري- الوســـيط- ج١، المجلد الأول- مرجع سابق، ص٩٢٣. ود/ أنور سلطان، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص٤٠٧.

لبرامج الحاسب الآلي يعتبر عملاً تجارياً. وفي نفس هذا القانون وفي المادة ٦٧ في الفقرة السادسة منها نص المشرع على أنه (يقع باطلاً كل شرط أو بيان يكون من شأنه إعفاء المنتج أو الموزع من المسؤولية أو تحديدها أو تخفيض مدة تقادمها). فإذا كان القانون قد اعتبر أن الاستغلال التجاري لبرامج الحاسوب هو عمل تجاري بالماهية طبعاً في حق المستغل- المبرمج- المنتج- المورد) فإن نفس المشرع وفي الباب الثاني من نفس القانون وتحت بند الالتزامات والعقود التجارية قد أبطل صراحة شرط المبرمج بإعفاء نفسه من المسؤولية أو تخفيف وطأتها عليه والناتجة عن التزاماته العقدية فيما يخص استغلاله لبرامج قام بتصميمها أو أشرف على تصميمها أو اشترى حقوق استغلالها.

٢. اتفقنا سابقاً أن المبرمج هو مهني محترف في مواجهة المستخدم كمستهلك واذا كان الوضع كذلك فإن قانون حماية المستهلك المصري رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦ والسابق الإشارة إليه قد نص في مادته العاشرة على انه (يقع باطلاً كل شرط يرد في عقد أو وثيقة أو مستند إذا كان من شأن هذا الشرط إعفاء مورد السلعة أو مقدم الخدمة من أي من التزاماته الواردة في هذا القانون) وطبعاً لا يوجد في هذا القانون وفي مثيلاته من قوانين حماية المستهلكين في العالم إلا كل ما هو في صالح المستهلك وبالتالي هذا نص آخر يمكن إعماله لإبطال شرط المبرمج أو المنتج

للبـــرنامج بإعفـــاء نفسه من المسؤولية أو تخفيفها إذا كان أمام مستهلك.

٣. تتـــشابه هـــذه العقـــود في الكثير من الأحيان من حيث طبيعتها وانعقادهـــا مع عقود الإذعان وقد نصت المادة ١٤٩ من القانون المدني المصري على انه (إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة ويقع بـــاطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك [١] وعليه فإن شرط المبرمج بإعفاء نفسه من المسؤولية عن صلاحية أو جودة كيان منطقي لا يفقـــه المـــستخدم به شيئاً ولا يعرف مكنوناته وتقنيته وأسس عملـــه إلا معـــرفة سطحية جداً يمكن لابل ومؤكد أن يعتبر هذا الشرط تعسفاً في مواجهة هذا المستخدم أو المستفيد من قبل هذا الخبير، فإن استوفى العقد شروط الإذعان أو تقارب كثيراً معها ووجـــد بـــه شرط إعفاء للمبرمج من المسؤولية فإن ذلك يعتبر شـــرطاً تعسفياً يجوز لمستخدم عدم إعماله والطلب إلى القضاء بإلغائه ويقع باطلاً كل ما يخالف ذلك.

٤. يجمع الفقهاء أن شرط الإعفاء من المسؤولية و التخفيف منه لا يجـــوز أن ينصب على الالتزام الجوهري الناشئ عن العقد[٢].

---

(١). تطابق المادة ٢٠٤ من القانون المدني الأردني والمادة ١٨٢ من المشروع القانوني المدني الفلسطيني

(٢). أستاذنا د. احمد اشرف الدين – نظرية الالتزام – مرجع سابق ص ٣٦٣ ود. حمدي عـــبد الرحمن – الوسيط في النظرية العامة للالتزامات – الكتاب الاول – القاهرة ١٩٩٩

فلا يجوز مثلاً أن يشترط المبرمج على المستخدم عدم مسؤوليته أو تخفيف مسؤوليته عن قيام البرنامج بالوظائف التي صمم من اجلها او عن عدم مسؤوليته عن استخراج بيانات تمت معالجتها بواسطة برنامجها فهو ما يخالف المقتضي الرئيسي للعقد والهدف والسبب والدافع إلى التعاقد ولكن يجوز له وكما هو معمول به في عقود الإعداد أن يشترط عدم مسؤوليته عن الأخطاء العادية أو عن إخفاق البرنامج لغاية نسبة ١٠% في أداء وظائفه وهي شروط تم التعارف عليها في عقود الإعداد[١].

٥. تنص المادة ٦٥٣ من القانون المدني المصري (يكون باطلاً كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه) وبقياس هذا النص على عقود إعداد البرامج يتضح لنا أن هذا الشرط غير قانوني إذ انصب على عقود الإعداد لإعفاء المبرمج من مسؤوليته أو الحد منها[٢].هذا بالإضافة إلى إجماع الفقهاء [٣].

الفقه كما أسلفنا ان شرط الإعفاء من المسؤولية لا ينصب الا على تعويض الضرر الذي يقع على المال ولا يجوز اشتراطه على

ص ٥٨٣ ود.السنهوري – الوسيط المرجع المشار اليه اعلاه ص ٩٢٣ ود. الصدة– مصادر الالتزام – مرجع سابق ص ٣٥٥ .

(١).المستشار فاروق الحفناوي، عقود البرمجيات، مرجع سابق، ص٨٠، د. نوري حمد خاطر، عقود المعلوماتية، مرجع سابق، ص١٥٣

(٢).تقابل المادة ٧٩٠ مدني أردني، والمادة ٨١٠ مشروع فلسطيني.

(٣) د. أحمد شرف الدين، نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص٣٦٢. د. السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص٩٩٣. د. حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص٥٨٣.

الـضرر الـذي يلحـق المستخدم أو أحد تابعيه نتيجة قيام خلل في برنامج كمبيوتر معين يؤدي إلى حدوث عاهة مثلاً لدى أحد عاملين المستخدم أو المستفيد كأن يكون برنامج الحاسب معداً أساساً لتشغيل آلـة صـناعية معيـنة ورغـم أن مبرمجي البرامج وموردیها[1] يـشترطون مثل هذه الشروط في عقودهم إلا أننا نرى أن حكم هذا الـشرط باطل إذا ما لحق الأذى بجسم الإنسان وكان نتيجة مباشرة لإخـلال المبـرمج بأحد التزاماته حتى لو كان عقد الإعداد يحتوي شرط يقوم المبرمج به بإعفاء نفسه من مثل هذه المسؤولية.

إذن ولكـل تلـك الأسباب مجتمعة نلاحظ أن شرط الإعفاء من المـسؤولية يكـاد يكـون يقـع باطلاً في أغلب عقود إعداد برامج الحاسـب الآلي (عقود المعلوماتية) وطبعاً يمكن لأحد ما أن يتساءل ما حكم كل هذه الشروط التي نراها في عقود الإعداد والتي تحدد أو تخفـف أو تعفـي حتى من المسؤولية؟ وتكون الإجابة على ذلك أن هـذه عقـود فـي أغلبها لم يثر حولها نزاعات قانونية وصلت إلى القضاء ومن وصل منها إلى القضاء لاحظنا في السياق السابق من هـذه الرسـالة كـيف أن المحـاكم تبطل أغلب هذه الشروط. أما بخـصوص قيام المبرمج بتحديد المسؤولية فلا خلاف على قانونية شـرط الاتفـاق على حد أقصى للتعويض بإجماع الفقه وبنصوص القانـون فهذا جائز لكن وكما أسلفنا يخرج من نطاقه الغش والخطأ الجـسيم إذا ثبت ضلوع المبرمج بهما وكذلك يخرج من نطاقه في

---

(١). د. محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، مرجع سابق، ٢٣٢- ٢٤٢. وكذلك نفس المرجع، ص٣٣٣-٣٤٥.

رأينا التعويض عن الأضرار الجسدية لأن جسم الإنسان لا يقوم بمال.

ثانياً: شرط الإعفاء من المسؤولية إذا اشترطه المستخدم (المستفيد)

١. ان المستخدم ملتزم باحترام حقوق المؤلف وفقاً لما تقضي به القواعد العامة المنصوص عليها في قوانين حق المؤلف وعلى الأخص تلك المتعلقة بملكية البرنامج وشروط استعماله وهذه مسألة مفترضة ذلك أن المستخدم ملتزم باحترام حقوق الملكية الفكرية وملكية البرنامج لمصممه أو منتجه ولو اشترط إعفاءه من هذه المسؤولية وذلك استناداً إلى نصوص القانون[١].

٢. وبالتالي فإن الحق في نسبة البرنامج إلى مؤلفه أو مصممه "حق الأبوة" وحق المؤلف بعدم التقليد لمؤلفه وحقه في عدم إفشاء أسرار البرنامج...الخ من الحقوق المعنوية التي تثبت للمؤلف على برنامجه بموجب حقوق الملكية الفكرية هي حقوق لا يجوز للمستخدم أن يعفي نفسه من المسؤولية عن انتهاكها وذلك لأن الحق الأدبي للمؤلف كما أسلفنا غير قابل للتصرف فيه أو الحجز عليه أو التنازل عنه وبأنها حقوق أدبية لا تنقضي بمرور الزمن وأنها من الحقوق التي ينفرد المؤلف بمباشرتها بحرية تامة على عكس الحقوق المالية للمؤلف فلا يقال بقانونية شرط إعفاء المستخدم من المسؤولية عن إفشاء أسرار البرنامج أو

---

(١) راجع المواد ١٤٣، ١٤٤، ١٨١ من قانون الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢.

نسبة البرنامج إليه[1]....الخ حتى لو وضع شرط في العقد يعفيه من ذلك ولكن يجوز له في بعض الحالات اشتراط تخفيف هذه المسؤولية كما في حالة ضبط السرية بشكل تام أو المسؤولية عن تحوير أو تعديل البرنامج فهذه شروط يمكن أن يقبلها المنطق والقانون على عكس مثلاً الشروط الخاصة بنسبة البرنامج الى المستخدم فهذا التزوير واحتيال على حقوق الملكية الفكرية يجب التعويض حتى بموجب أحكام المسؤولية التقصيرية، أما باقي الشروط التي لا تتعلق بحقوق الملكية الفكرية فلا نرى ما يمنع من قيام المستخدم بإدراجها لإعفاء نفسه من المسؤولية عن أضرار معينة ناتجة عن الإخلال بالالتزامات عقدية شرط أن تتوفر فيها الشروط القانونية التي تنص عليها القواعد العامة في القانون المدني بان لا تكون عن التزام جوهري ومناط في التعاقد كعدم إتباع تعليمات المبرمج بالاستخدام للبرنامج مثلاً وإعفاء نفسه في نفس الوقت من المسؤولية عن الخلل الحاصل وذلك لدقة وتقنية هذا المحل ولأن هذا الشرط لا يتناسب مطلقاً مع طبيعة العقد..الخ.

أما الشروط الأخرى والثانوية في التعاقد فلا نرى ما يمنع من اشتراطه بعدم المسؤولية عن الأضرار التي يمكن أن تحصل.

---

(١) راجع هذا الشأن د. شحادة شلقامي ، برامج الحاسب والقانون، مرجع سابق، ص٩٥ وما بعدها. والمستشار. فاروق الحفناوي، قانون البرمجيات، مرجع سابق، ص١٣٥-١٣٦ . و. خالد مصطفى فهمي، الحماية القانونية لبرامج الحاسب، مرجع سابق، ص١٣٩-١٥٢ . د. نوري محمد خاطر، عقود المعلوماتية، مرجع سابق، ص٢٢٥.

وبعـــد أن تعـــرفنا على حكم شروط الإعفاء من المسؤولية التي يمكـــن أن ترد من قبل أطراف عقد الإعداد سننتقل الآن لنبحث في الـــتعويض عـــن الـــضرر الذي يحدث جراء إخلال أحد الأطراف بالتزاماته العقدية في مطلب أخير من هذا المبحث.

المطلب الثالث

التعويض عن الضرر

الضرر إما أن يكون مباشراً أو غير مباشر والضرر المباشر إما أن يكـــون متوقعاً أو غير متوقعاً أو غير متوقع ولكن القاعدة العامة في المسؤولية المدنية سواء كانت عقدية أم تقصيرية هي عدم جواز التعويض عن الضرر غير المباشر بل يكون التعويض عن الضرر المباشـــر ولكـــن تخـــتلف المسؤولية التقصيرية عن العقدية في أن الأولى يكون فيها التعويض عن الضر المباشر سواء كان متوقعاً أم غيـــر متوقع أما في الثانية فالأصل أن التعويض يكون عن الضرر المباشـــر المتوقع فقط ولا يمتد إلى الضرر غير المتوقع إلا إذا كان الإخـــلال بالالتـــزام او عدم التنفيذ راجعاً إلى غش المدين أو خطئه الجسيم[1].

---

(١). الماد ٢٢١ من القانون المدني المصري وهي تقابل المواد ٢٤٦، ٢٥٦، ٢٥٧، ٢٦٧ مـــن القانون المدني الأردني والمواد ٢٧٢، ٢٧٥ من مشروع القانون المدني الفلسطيني. ولمزيد من التفصيل راجع د. أنور سلطان، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص٢٧٣-٢٧٨ . د. أحمد شرف الدين، نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص٣٤٠-٣٤١.

وعلى ذلك فالمسؤولية العقدية تهدف إلى جبر الضرر الذي يلحق بالدائن جراء الإخلال بالتزام عقدي وهي تقوم كما هو معروف على وجوب تعويض الدائن "المضرور" عما لحقه من ضرر، ولا نريد إطالة البحث وفي شروط هذه المسؤولية وتفاصيلها لأن المراجع العامة قد أغنتها بحثاً ولكننا سنقوم بتطبيق أحكام هذا التعويض عن الضرر الناتج عن إخلال أحد الإطراف بالتزاماته العقدية والذي يرتب المسؤولية العقدية على عقود إعداد برامج الحاسب منطلقين من القاعدة العامة في المسؤولية العقدية من أن الخطأ وحده لا يكفي لقيام هذه المسؤولية بل يجب أن يؤدي الخطأ على وقوع ضرر لأحد الأطراف مما يوجب التعويض[1].

والضرر الذي ينتج عن إخلال أحد أطراف عقد الإعداد بمصلحة محققة ومشروعة للطرف الآخر قد يكون مادياً وقد يكون معنوياً كأن يصيب الشخص ضرر في سمعته كما يقول أستاذنا الدكتور أحمد شرف الدين عبر إحداث الناشر تغيرات في الكتاب الذي وضعه المؤلف (فقد لا يصيب المؤلف ضرراً مادياً ولكن المحقق إصابته بضرر أدبي وكذلك ان تعاقد فنان مع شخص على عمل فني ثم فسخ المتعاقد مع الفنان العقد فسخاً تعسفياً في هذا الفسخ التعسفي ضرر أدبي يصيب الفنان في سمعته)[2].

---

(١). أستاذنا الدكتور أحمد شرف الدين، نظرية الالتزام ن مرجع سابق، ص٣٤٠. ود. السنهوري، الوسيط، ج١، مرجع سابق، ص٩١٣ ود. أنور سلطان ، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص٢٧٧. ود. محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، منشأة المعارف،الاسكندرية ٢٠٠٢، ص٢٨٠-٢٩٠.

(٢). د. احمد شرف الدين، نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص٣٤٤.

بتطبـــيق ذلك على برامج الحاسب يمكن أن نستشف أنه يمكن أن يلحق بالمبرمج ضرر أدبي جراء التغيير في برنامجه أو فسخ العقد معه فسخاً تعسفياً وهو ما يوجب التعويض عنه أيضاً في المسؤولية العقدية مثله مثل الضرر المادي[1].

وقـــد يلحق ضرراً مادياً وأدبياً معاً جراء استغلال برنامجه على وجـــه غيـــر مـــشروع عبـــر ســـرقته أو تحريفه بالانتقاص من إمكانـــياته..) ففـــي مـــثل هـــذه الحالة يكون كل ضرر من هذين الـــضررين لـــه حسابه الخاص بخصوص التعويض المستحق عنه وللمحكمـــة دمـــج الـــضررين معاً وتقدير التعويض عليهم من دون فصل أو تخصيص لمقدار كل ضرر منهما[2].

وقـــد يصاب المستخدم بضرر جراء تدمير الثروة المعلوماتية في جهـــاز الحاسب الخاص به أو بأعماله وقواعد بياناته مما يمكن أن ينتج عنه نتائج وخيمة سواء مادية أو معنوية جراء خلل في برنامج معين مهم جداً في تصريف أعماله فيعطلها ويطعن بمصداقيته أمام زبائنه مثلاً ما يلحق به ضرراً مادياً ومعنوياً..الخ.

ولا تـــثور صـــعوبة حـــسب القواعد العامة في استجلاء الضرر وتطبيق أحكام هذه القواعد عليه حيث يقع عبء أثبات الضرر على المـــتعاقد الـــذي يدعيه ومن المعروف وكذلك في عقود الإعداد أن

---

(١). المادة ١/٢٢٢ من القانون المدني المصري (يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً..) تقابل المواد ١٢٦٧ المدني أردني والمادة ٢٢١ من المشروع مدني فلسطيني.

(٢). قضت محكمة النقض المصرية بجواز إدماج الضررين المادي والأدبي معاً وتقدير الـــتعويض عـــنهما بغيـــر تخـــصيص، طعن ٦١/٤٨٥٤ ق جلسة لسنة ١٩٩٧/١٢/١٤ المستحدث في المواد المدنية عن العام القضائي ١٩٩٧/١٩٩٨، ص٩٠.

المسؤولية لا تقوم بمجرد إثبات أحد الأطراف إخلال الطرف الثاني بالتـــزام من التزاماته العقدية ولكن يجب أن يثبت أيضاً أن ضرراً مباشراً ومتوقعاً قد لحق به نتيجة هذا الإخلال.ولكن الصعوبة تثور فـــي هذا المجال في اختلاف طبيعة محل العقد عن العقود الأخرى والتي يتلخص في ارتباطه بعالم التكنولوجيا والالكترونيات وما يتسم بـــه مـــن دقة و حداثة يمكن أن تكون في بعض الأحيان عائقا أمام المـــستخدم لإثـــبات الخطأ الذي أدى إلى حدوث الضرر لذلك قلنا سابقاً ان المستخدمين في عقود الأعداد يفضلون فترات الضمان في العقد على إثبات العيوب الخفية مثلاً[1].

ويتـــرتب علـــى قـــيام المـــسؤولية العقدية التزام المسئول عنها بـــتعويض المضرور عن الضرر الذي لحق به وذلك لأن التعويض هو جبر للضرر كما أسلفنا وتقدير التعويض قد يكون مباشرة عن طـــريق المـــشرع مـــثل الـــتعويض القانوني[2] وقد يقدر بالإتفاق كالتعويض، وقد يتولى القاضي تقديره عند توافر شروط المسؤولية وذلك لجبر الضرر[3].

---

(١)د. محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية ، مرجع سابق، ص٣٣٣.

(٢). راجع المواد ٢٢٦، ٢٢٧ من القانون المدني الأردني والمادة ١٦٧ من قانون أصول المحاكمـــات المدنـــية الأردنـــي التي حددت نسبة الفوائد التأخيرية ٩ % و كما أسلفنا أن القانـــون المدنـــي الأردنـــي لـــم ينص على الفوائد وذلك لأن مصدره التاريخي هو الفقه الإسلامي فنص المشرع الأردني عليها في قوانين أخرى.

(٣).راجـــع المادة ٢٢١ مدني مصري والمادة ٣٦٣ من القانون المدني الأردني والمادة ٢٧٥ من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

والـــتعويض فـــي عقود الإعداد كما هو الحال فيه بشكل عام قد يكـــون نقـــدياً وقد يكون عينياً، فإن كان عينياً فإنه يتمثل في إعادة الحـــال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الإخلال بالالتزام وذلك بإزالة الضر أو الخلل الناشئ عنه[1].

ويتعـــين علـــى القاضي أن يحكم بالتعويض العيني إذا كان هذا ممكناً وبناءً على طلب المضرور لأن التنفيذ العيني هو الأصل في المسؤولية العقدية بصدد عقود إعداد البرامج[2] حيث يلتزم المبرمج بتنفـــيذ التزامه كإصلاح البرنامج الذي شابه خلل أو حتى تبديله او تقديم طريقة معينة للتحصن من إمكانية أن يعود إلى الظهور.

وقـــد يكـــون الـــتعويض نقدي أو تعويضاً بمقابل وهو عادة ما يقتـــضيه أي من الطرفين بدلاً عن ضرر أدبي لحق به نتاج إخلال الطرف المقابل بالتزامه حيث يستحيل التنفيذ العيني وذلك عند إفشاء أســـرار البرنامج مثلاً أو اختراق الجهاز وتدمير للمعلومات التي به أو الرجوع عن تعاقد أدى إلى الإساءة إلى السمعة..الخ

وطالما أن هدف التعويض هو جبر الضرر فيجب إعادة التوازن إلـــى مـــصالح الأطراف الذي اختل نتيجة هذا الضرر وعلى نفقة المسؤول عن هذا الإخلال[3]. والذي يجب أن لا يتجاوز أو يقل عن

---

(١).د. انور سلطان، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص٢٧٨ ود. محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص٣٤٢.

(٢)د. نـــوري حمـــد خاطر، عقود المعلوماتية، مرجع سابق، ص٢٢٧ ود. محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص٣٤٢.

(٣) د. نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص٢٢٦. ود. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ٣٤٣.

قيمة هذا الضرر[1]. بحيث يشمل كل ما لحق المضرور من خسارة ومـــا فاته من كسب بالإضافة إلى تعويض الضرر الأدبي أن تحقق وطـــبعاً الحـــديث هـــنا عن الضرر المباشر المتوقع وبذلك نجد ان الـــتعويض عـــن المسؤولية التقصيرية التي يتم التعويض فيها عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع.

وعلى ذلك فإن المستخدم يمكن أن يطالب بالتعويض عن الخسائر التـــي لحقت بمصنعه نتيجة عدم عمل البرنامج بالشكل المتفق عليه أو عدم عمله مطلقاً وذلك لأن الأصل والمتوقع عند الإعداد والاتفاق علـــيه أن يعطي النتائج المرجوة منه، أو مثلاً في صورة أخرى إذا تأخر المبرمج ملتزم الضمان في إصلاح البرنامج الذي تعثر وأدى ذلـــك إلى تأخر المصنع في تلبية طلبات عملائه مما سبب أضراراً بـــسمعته الـــتجارية وقـــيامه بدفع غرامات بدل تأخير فإن المبرمج سيسأل كذلك عن هذا التعويض. فإن اخذ المستخدم موافقة المحكمة علـــى قـــيام شخص ثالث بإصلاح هذا البرنامج الذي تعثر فإن ذلك يكـــون على نفقة المبرمج ملتزم الضمان ويسأل كذلك هذا المبرمج عن التعويض وفي مقابل ذلك يسأل المستخدم أو المستفيد عن تأخره في دفع المقابل في الأجر أو الثمن)و الضرر هنا مفترض كما نعلم لأن التأخيـــر فـــي دفع الالتزام النقدي يوقع ضرراً مفترضاً بنص

---

(٥) راجع المادة ٢/٦٦٣ مدني مصري.

القانون يوجب تعويضاً على شكل فوائد تأخيرية[1] يتم تحديد قيمتها إما باتفاق الطرفين أو بنص القانون وبديهي القول أن اتفاق الطرفين لا يجب أن يتجاوز ما نص عليه القانون إلا ويتم العودة إلى المقدار القانوني لهذه الفوائد حتى لو تم الاتفاق على فوائد أعلى منها[2].

ولا يوجد في القانون نص معين يلزم بإتباع معايير معينة لتقدير التعويض لذلك فان لقاضي الموضوع السلطة التامة في تقديره شرط أن يكون هذا التقدير قائماً على أسس مسببة ومتينة ومبررة ومثبتة[3]. حيث أن تقدير التعويض يعتبر من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع[4]. حيث يمكن للمحكمة كما أسلفنا الحكم بتعويض إجمالي أو الحكم عن كل عنصر من عناصر الضرر على حدة، ولكن تعين عناصر الضرر التي تدخل في حساب التعويض هي من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة

---

(١). راجع المواد ٢٢٦ و٢٢٨ من القانون المدني المصري والمادة ١٦٧ من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني. ود. أحمد شرف الدين، نظرية الالتزام ، مرجع سابق، ص٣٤٢- ٣٤٣.

(٢).راجع المادة ١/٢٢٧ من القانون المدني المصري. وأستاذنا د. أحمد شرف الدين، نظرية الالتزام، مرجع سابق،هامش ص٣٤٢.

(٣) راجع المادة ٢/٦٦٣ من القانون المدني المصري والمادة ٧٨٥ من القانون المدني الأردني والمادة ٢/٨٢٤ من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

(٤). محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، مرجع سابق وقضت محكمة النقض المصرية أن استخلاص الخطأ الموجب للمسؤولية وعلاقة السببية بينه وبين الضرر هو مما يدخل في حدود السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع ما دام هذا الاستخلاص سائغاً ومستمداً من عناصر تؤدي إليه وقائع الدعوى..) نقض مدني ١٩٨٩/١٢/١٢ طعن ٣٨٨/ ٥٧ ق. قضاء النقض في المواد المدنية المستشار عبد المنعم دسوقي، الجزء الثاني، المجلد الأول، دار الكتاب الحديث، ط١٩٩٤، قاعدة رقم ٨٣٣، ص٢٥٩.

الـنقض. لـذا يتعـين علـى محكمة الموضوع أن تبين في حكمها عناصـر الـضرر الذي قضت من اجله بالتعويض وأن تناقش كل عنـصر مـنها على حدة وان تبين وجه أحقية طالب التعويض عنه وإلا كان حكمها مشوباً بالقصور[1].

وفـي بعـض الأحـيان وفي عقود الإعداد تثور قضية متى يتم حـساب الـتعويض أو تقديره وذلك لكون الضرر الواقع قد يكون متغيراً ولا يتيسر تعيينه تعييناً نهائياً وقت النطق بالحكم، لذلك فمن المقـرر انـه إذا لـم يتيسر للقاضي وقت الحكم أن يتأكد من مدى الـتعويض يعيـنه تعييـناً نهائياً فله الحق أن يحتفظ للمضرور من الإخـلال بالتزامات عقدية أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر بالتقدير[2].

وأخيراً نقول أن القوة القاهرة والحادث الفجائي يؤديان إلى قطع رابطـة الـسببية بـين الخطـأ والضرر طبعاً بشرط كونهما غير متوقعان ويستحيل دفعهما مما يجعل معه تنفيذ الالتزام مستحيلاً ولا

---

(١) د. محمـد حسين منصور، المرجع السابق، ص٣٤٤. د. أحمد شرف الدين، نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص٣٥٢-٣٥٣.

(٢). تـنص المـادة ١٧٠ مـن القانـون المدني المصري على انه (يقدر القاضي مدى الـتعويض عن الضرر الذي لحق بالمضرور، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين لدى التعويض تعييناً نهائياً فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير) يقابل المادة ٢٦٨ من القانون المدني الأردني والمادة ٢٢٢ من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

يكـــون بالتالـــي هناك مجال لقيام التعويض عنهما[1]. ما لم يشترطا قـــيام مـــسؤولية طـــرف عن سبب أجنبي أو قوة قاهرة أو حادث مفاجـــئ، مـــثل الخلـــل الذي يحدث في البرامج أو تدميرها نتيجة صـــاعقة كهـــربائية أو زلزال أو حروب وقصف للمنشأة مثلاً فهذه ظـــروف ليـــست فـــي وســـع المبرمج توقعها أو حتى القدرة على مقاومـــتها ممـــا يترتب عليها احتماله التنفيذ العيني وكذلك استحالة الحكـــم بالـــتعويض لعدم منطقيته ولنصوص القانون التي تبرأ ذمة أحدهما من المسؤولية عن مثل هذه الأحداث.

وعلى ذلك نلاحظ أن التعويض في عقود الإعداد لا يختلف كثيراً عـــن غيره في العقود الأخرى من حيث توافر أركانه وشروطه إلا مـــن ناحـــية واحدة وهي صعوبة إثبات الخطأ الذي أدى إلى ضرر وربطهمـــا بعلاقـــة ســـببية توجب في النهاية التعويض لذلك تلجأ المحـــاكم دائماً للاستعانة بالخبراء والمحكمين في هذا المجال ويلجأ المستخدم أيضاً إلى مثل هذه الأساليب وذلك لضعف إمكانياته التقنية والفنـــية أمـــام المبـــرمج ونلاحظه دائماً يشترط الضمان في عقود الإعداد لصعوبة إثبات الخطأ.

---

(١). المادة ١٦٥ و ٢١٥ و ٦٦٥ من القانون المدني المصري وفي المقابل المواد ٢٠٥، ٢٦١، ٨٠٢ من القانون المدني الأردني والمواد ٢١٤، ٢٧٢، ٢/٨٠٧ من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

الفصل الثالث

انتهاء عقود الإعداد

الأصـــل أن ينتهـــي عقد الإعداد بالطريقة الطبيعية لانتهاء العقود وهي الوفاء الاختياري ، ولكن ولان هذه العقود لها علاقة بالتقنية ،وبمواصفات كثيرة ودقيقة ،فهي قد تنتهي في بعض الأحيان بطرق أخرى كالتنفيذ الجبري ،أو بالتنازل عنها أو بالفسخ أو بالانحلال .. وسنقتـــصر فـــي هـــذا الفـــصل على بحث وإبراز أوجه المشاكل والتـــساؤلات التـــي يثيـــرها إنهاء عقد الإعداد، في محاولة للإجابة عليها أو حلها انطلاقا من موقف القانون ،أي سنبحث في خصوصية التنفـــيذ في عقد الإعداد وما يحيط به من مشاكل دون التعرض إلى التنفـــيذ بشكل عام وفقا للقواعد العامة والتي أثرته كتب الفقه العامة بحثا ودراسة .

وانطلاقـــا مـــن ذلـــك نلاحظ ان عقود الإعداد قد تنتهي بالطريق الطبيعي لها عبر انتهاء مدتها ، أو بتمام العمل الذي تم الاتفاق عليه ، أو بتـــسليم المعدات المتفق عليها بعد دفع ثمنها ، وقد يحصل تنفيذ العقـــد بطريقة جبرية ، في الوقت الذي يمتنع فيه المنتج أو المبرمج مثلا عن التنفيذ ، أو في الوقت الذي يمتنع فيه المستخدم أو المستفيد عن دفع الثمن أو الأجر (كيفما اتفق) . شرط ان يكون التنفيذ العيني لا زال ممكنا وذلك طبقا للقواعد العامة .

وقـــد تنتهـــي هذه العقود ، شانها شان غيرها من العقود الأخرى ، بالوسائل غير العادية لانتهاء العقد وذلك بالفسخ أو بالانحلال . [1]

ونحـــن في هذا الفصل سنحاول بحث هذه الطرق ولكن بعد تطبيق إحكامهـــا وشروطها على عقود الإعداد ، بحيث سنقسم هذا الفصل إلى المبحثين التاليين .

المبحث الأول / الأسباب العادية للانتهاء

المبحث الثاني / الأسباب غير العادية للانتهاء

---

(١)- رغـــم الأهمية الكبيرة التي تحتلها صناعة البرمجيات في العالم اليوم ،إلا أن هناك ظاهـــرة عجيـــبة مـــصاحبة لهـــذه الأهمية تتمثل في ارتفاع نسبة الفشل في تنفيذ مشاريع البرمجيات ونظم المعلومات ، ففي دراسة معمقة أجريت في الولايات المتحدة عام ١٩٩٥ ولغاية عام ٢٠٠٠ . تبين أن ٥٢% من هذه المشروعات قد فشلت تماما وألغيت عقودها ، وان ٦٠% من المشروعات التي نجحت قد جاوزت تكلفتها الميزانية المقررة لها ، وتعدت الجدول الزمني المخطط لإنجازها فيه .

Raysman and Brown .Vol 1 .P.R. p 2-18

المبحث الأول

الأسباب العادية للانتهاء

تـــنص المادة ١٤٨ من القانون المدني المصري في فقرتها الأولى علـــى انه (يجب تنفيذ العقد طبقا لما أشتمل عليه وبطريق تتفق مع ما يوجبه حسن النية) . (١)

ويستـــشف من ذلك ان القاعدة العامة هي وجوب النزول على حكم قانـــون العقد ، في تنفيذه طبقا لما أشتمل عليه ، وصولا إلى انتهائه بتحقـــيق غايـــات أطرافه ، عبر تنفيذ التزاماتهم المتبادلة بما يوجبه مبدأ حسن النية . (٢)

وعلـــية فالأصـــل في عقد الإعداد كما هو الحال في كل عقد تمامه بتنفـــيذه ، وفـــي حالات أخرى وكما تقرر المواد ١٩٩و ٢٠٣ من القانـــون المدني المصري يتم إجبار المدين على تنفيذ التزامه تنفيذا عينـــيا ،متـــى كان ذلك ممكنا ، (٣) وذلك عندما يرفض التنفيذ لغير سبب وجيه أو مقنع أو يتعسف في رفضه لهذا التنفيذ .

اذن يكمـــن السبب العادي والاهم لانتهاء عقود الإعداد في التنفيذ ، لذلك سنناقش في هذا المبحث كيفية تنفيذ عقد الإعداد في مطلب أول

---

(١) – تطابق المواد ١/٢٠٢ مدني أردني . و١/١٨١ مشروع مدني فلسطيني .

(٢) – د، أنـــور ســـلطان ، مصادر الالتزام . مرجع سابق .ص ٢٤٠. وأستاذنا الدكتور احمد شرف الدين – نظرية الالتزام – مرجع سابق ، ص ٤٠٧.

(٣) – تقابل المواد ١/٣١٣ و ٢/٣١٦ من القانون المدني الأردني و تطابق المواد ٢٥٦ و١/٢٦٠ من مشروع القانون المدني الفلسطيني .

، ووسائل إجبار المدين في هذا العقد على تنفيذ التزاماته في مطلب ثان .

المطلب الأول

التنفيذ

في عقود الإعداد وكما بينا سابقا يختلف التنفيذ للعقد من قبل إطرافه وذلك حسب الطبيعة القانونية (أو التكييف) القانوني لهذا العقد ، فلو كان مثلا عقد تسليم مفتاح .(١)

فالأصل ان ينتهي هذا العقد بتركيب الجهاز وتحميل البرامج عليه وتجربتها وتشغيلها ، وصدور قبول الطرف الآخر لها ،وشهادته بمطابقتها للمواصفات . (٢)

أو كان عقد يتضمن تسليم معدات معلوماتية فقط ، فيتم التنفيذ بتسليمها ودفع ثمنها ، أما إذا كان عقد الإعداد يحتاج إلى وقت لإعداده ، أو كان البرنامج قد تم التعامل عليه على سبيل الإيجار فلابد في كلا الحالتين من مرور الوقت للقول بانتهاء العقد ، سواء بتنفيذه أو بفسخه . وعلى كل الأحوال فإذا كان عقد الإعداد مدة محددة ومتفق عليها من قبل الأطراف ، كما لو تم استئجار نظام

---

(١)- بينا سابقا في الفصل التمهيدي أن عقد تسليم المفتاح يقصد به ذلك الاتفاق الذي يتولى بموجبه احد الطرفين إقامة نظام الحاسب الآلي والبرامج والمعدات المرفقة وتسليمها إلى الطرف الآخر جاهزة للتشغيل . لمزيد من التفاصيل راجع ، د. يوسف الاكيابي ، مرجع سابق ص ٦٥.و.د ، السيد محمد السيد عمران – الطبيعة القانونية لعقود المعلومات – مرجع سابق ص ٩٩ وما بعدها .

(٢) – د. محمد السيد عمران ، مرجع سابق .ص ١٠٠.

معلوماتي (برنامج وجهاز) فان هذا العقد ينتهي بتمام تنفيذه بانتهاء المدة المتفق عليها ، إلا إذا أراد الطرفان تمديدها صراحة أو ضمنا .

ولا يفوتـــنا القول انه يجب تحديد مدة معينة لإنجاز العقد ، إذا كان اتفـــاق الطرفين على عقد مقاولة بحيث إذا تأخر المقاول عن إنجاز العمـــل في هذه المدة المحددة ولم يكن له في ذلك عذرا مقبولا تقام عليه المسؤولية . (1)

هـــذا ويـــستطيع طـــرفا العقد أن ينهيانه قبل نهاية المدة بإرادتهما ، ولكـــن لا يـــستطيع المتعاقد بإرادته المنفردة أن ينهي العقد قبل تمام مدته.، إلا إذا احتوى العقد نفسه شرطا يمنحه هذا الحق .

فلو أن مستأجر لنظام معلوماتي أنهى العقد قبل انتهاء مدته ، بغير اتفاق أو حق قد منحه إياه العقد نفسه عبر اشتراطه ، فعليه ان يدفع المتبقي من الأجرة ، حتى لو أعاد المعدات والبرامج الخاصة بنظام المعلوماتية إلى المؤجر ، وحتى لو قام بإخطار المؤجر عبر رسالة مسجلة برغبته هذه بإنهاء العقد ، فلا يعتبر العقد منتهيا بل تقام عليه المسؤولية على أساس الإخلال بالتزام عقدي . (2)

---

(١)- د، محمـــد حـــسين منـــصور – المسؤولية الالكترونية – مرجع سابق،ص ١٣٢. و،د،نوري خاطر –مرجع سابق ص١٩٦ .

(٢)- د، السيد محمد السيد عمران – المرجع السابق ،ص ٨٢-٨٨. ولمزيد من التفاصيل يمكن مراجعة

Clarence . H.Ridly .and John Matuszeski –computer software agreement –Forms and commentary (Revised Edition) USA Warren GORHAM Lamont .1998.p 12.1

أمـــا إذا كان العقد غير محدد المدة ، فالعقد يكون غير لازم بالنسبة لأطـــرافه(١) ، وطـــبعا غير لازم فقط بخصوص المدة الزمنية التي يجـــب ان يبقى المتعاقدان بها ملتزمين بالتنفيذ حيث يمكن لكليهما أو لاحدهما إنهاء العقد في أي وقت كان بشرط ان لا يتعسف في ذلك .

(٢) فالعقـــد لا يمكـــن أن يقـــوم على التأبيد بحيث تبقى ذمة المتعاقد مشغولة إلى مالا نهاية ،لهذا فان المبدأ العام يقضي بان المتعاقد في عقد غير محدد المدة له أن ينهي العقد بإرادته المنفردة ، وهذا يعني إنهـــاء العقد بالنسبة للمستقبل فقط وليس بالنسبة للماضي ،بحيث لا يعتبر ذلك إخلالا بالالتزامات التي وردت في العقد ،لان المتعاقد هنا مارس حقا منحه إياه القانون ، وفقط وكما أسلفنا فان المسؤولية تقوم علـــيه إذا تعـــسف في عملية الإنهاء(٣) ، أو ارتكب فيها خطا سبب

---

(١) – لم يعرف القانون المدني المصري العقد غير اللازم كمرتبة من مراتب العقد ولكنه ابـــاح فـــي العقود مستمرة التنفيذ اذا لم يتم تحديد مدة لانتهائها ان تنقضي بإنهائها من قبل احـــد المتعاقدين متى شاء مع مراعاة ميعاد الإخطار الذي يعينه القانون او الاتفاق . .د، احمد شرف الدين /نظرية الالتزام .مرجع سابق ص ٤٠٧ وما بعدها

(٢) – أســـتاذنا الدكتور أحمد شرف الدين – نظرية الالتزام – مرجع سابق ص ٤٠٧– ٤٠٨ . و.د. أنور سلطان . مرجع سابق ص ٢٨١.

(٣)– المـــادة ٥ مـــن القانون المدني المصري وهي تقابل المادة ٦٦ من القانون المدني الأردني ، وقد جاءت المادة ٧والمادة ٨ من مشروع القانون المدني الفلسطيني أوضح من حيث الصياغة فقد نصت المادة ٧ منه (لا يجوز التعسف في استعمال الحق)والمادة ٨ (يعتبـــر استعمال الحق تعسفيا في الأحوال التالية أ–إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير ب– إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة ج– إذا كانت المصالح التي يرمـــي إلـــى تحقـــيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها. د– إذا كان من شانه أن يلحق بالغير ضررا غير مألوف) .

ضـــررا للمـــتعاقد الآخر ، كاختياره لظرف غير مناسب عند إنهائه للعقد ، أو كانت حجته في الإنهاء

غيـــر مـــسببة بـــسبب مقنع ، فعند ذلك يتحمل المسؤولية كاملة ، ويمكن ان تلزمه المحكمة بالتعويض أو حتى بالاستمرار بالعقد .

المطلب الثاني

وسائل إجبار المدين على التنفيذ

عـــندما ينفذ العقد تنفيذا اختياريا ،سواء أكان فوري النفاذ أم مؤجل ،أو مـــستمر الـــنفاذ ،يكـــون العقد قد انتهى بتمام تنفيذه ،وبالطريق الطبيعـــي لانـــتهائه ، ولكـــن وكغيرها من العقود تثور المشاكل في عقود الإعداد فيما لو امتنع المدين عن التنفيذ ، سواء امتناعا كليا ام امتـــناعا جزئيا دون إبداء عذرا مقبولا أو مقنعا لذلك ،وعندئذ يكون للمـــتعاقد الآخـــر وبموجب حقوق كفلها له القانون ، ان يمتنع عن التنفيذ ،أو حتى أن يطالب بإجبار المدين على التنفيذ العيني ، وهذه مـــا تسمى وسائل إجبار المدين على تنفيذ التزامه ، وهي ما سنبحثه فـــي هذا المطلب وكما في السياق السابق تطبيقا على عقود الإعداد (المعلوماتـــية) أي تطبـــيق الأحكـــام العامـــة عليها ،دون الخوض بالنظرية العامة بشكل منفصل .

ونقــول هنا إن المبدأ العام في العقود أن المدين إذا امتنع عن تنفيذ العقد رغم اعذاره فللدائن أن يمتنع عن التنفيذ هو الآخر. (١) وله كذلك أن يلجا إلى القضاء

للمطالبة بالتنفيذ العيني الجبري فيما لو قامت شروطه .(٢)

فالمــسؤولية العقديــة تــثار مابين المقاول والمستخدم، ما دام أن احــدهما قد اخل بالتزامه تجاه الآخر،فقد يتفق المستخدم مع المقاول علــى تقــديم صفة معينة، أو وظيفة معينة في البرنامج ،ففي حالة إخــلال المقــاول بهــذا الالتزام تثار مسؤوليته العقدية متى أصاب المــستخدم ضــرر. وسواء أكان هذه الضرر نتيجة لإغفال المقاول وضــع هــذه الميــزة في البرنامج، أم لخلل في النظام التقني نفسه (البرنامج المتفق عليه) . (٣)

---

(١) – تــنص المــادة ١٦١ من القانون المدني المصري على انه (في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفــيذ التــزامه إذا لــم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به) وهي تقابل المواد ٢٠٣ من القانون المدني الأردني و ١/٢٠٣ من مشروع القانون المدني الفلسطيني . وتنص مبادىء العقود التجارية الدولية في المدة ٧/ ٣/١ من القسم الأول (١- إذا التزم الطرفان في وقت واحــد فان لكل طرف ان يمتنع عن التنفيذ حتى يقوم الطرف الآخر بالتنفيذ ٢- اذا كانت التزامات الطرفين على التوالي فان الطرف الملزم بالتنفيذ بعد يجوز له أن يمتنع عن التنفيذ حتــى يقوم الطرف الأول بالتنفيذ) راجع في ذلك د. احمد شرف الدين –المرجع السابق هامش ١١٦ ص ٤٥١ .

(٢)- راجــع المــواد ٢٠٣ و٢١٩ و٢٢٠ من القانون المدني المصري والمادة ٣٥٥ من القانون المدني الأردني والمادة ٢٦٠ من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

(٣) – د. عادل أبو هشيمة- عقود خدمات المعلومات – مرجع سابق ص٢١٦ .

وحـــيث يرى الفقه أن لا قيمة حقيقية بشان إلزامية العقد ما لم تتقرر مـــسؤولية نتـــيجة لإخـــلال أي مـــنهم بتنفيذ التزامه،(١) وذلك لان الالتزامات التعاقدية تقوم على عنصرين ، عنصر المديونية وعنصر المـــسؤولية ، فإذا كان قانون العقد يحكم العنصر الموضوعي وهو الالتزامات التعاقدية ، فمن الطبيعي أن يحكم عنصر المسؤولية وهو الإخـــلال بتنفـــيذ التـــزامات الإطراف الناشئة عن عقد الإعداد ، انطلاقا من أن أطراف العقد لم يقدموا على إبرامه إلا تحقيقا لآثاره . وانطلاقـــا مـــن ذلك يترتب أن تخضع الآثار غالبا لقانون العقد، والذي بدوره يحكم القوة الملزمة للعقد،وبالتالي نتائج الإخلال بالتنفيذ وحتى عدم التنفيذ .

وقـــبل الحـــديث بتوسع عن وسائل إجبار المدين على التنفيذ العيني للعقـــد ، لابد في عقود الإعداد (وكما في العقود الأخرى) من اعذار المـــدين ،وذلك حسب القواعد العامة ، ويتم الرجوع إلى قانون العقد لمعـــرفة هل الاعذار ضروري ام لا ، ويجب التفرقة بين ما إذا كـــان الاعذار منصوصا عليه في الشروط التعاقدية، فيعتبر بالتالي جـــزء مـــن موضوع العقد ،(٢)ويخضع لقانونه ، أم تم إغفال ذكره

---

(١)- د . احمـــد عـــبد الكريم سلامة – علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولا ومنهجا- مكتبة الجلاء – المنصورة ٢٠٠٥ ص ١١٣٢ .

(٢) – غالبا ما تتضمن عقود المعلوماتية (الإعداد) نصا يحتوي على كيفية المراسلات والإخطـــارات والتبليغ فيما بين الأطراف، لمزيد من التوسع راجع .د، فاروق الحفناوي – عقود البرمجيات –مرجع سابق ص١٠٦ وما بعدها أو يمكن مراجعة:

Software license agreement /Microsoft agreement .Licensing service agreement

وبالتالـــي نطـــبق بخـــصوصه القواعد العامة ،التي تبين متى يكون الاعـــذار واجـــبا ومتـــى يـــتم التنازل عنه ...الخ وكذلك متى يتم الخضوع لقانون دولة تنفيذ عقد الإعداد إذا كان العقد دولي مثلا.

فالاعـــذار هـــو إجراء يتخذه الدائن لغرض حث المدين على تنفيذ التـــزامه ، وتذكيـــره بان الدائن لازال يريد تنفيذ الالتزام و وتحميله النتائج التي تترتب على عدم تنفيذه للعقد ،([1]) وهو شرط من شروط قيام المسؤولية العقدية .

وبتطبيق ذلك على عقود الإعداد نلاحظ أن الدائن يمكن أن يعفى من الاعذار إذا كان التزام المدين هو التزام بالامتناع عن عمل وقام به ، فلـــو تـــم الاتفـــاق فـــي العقد على عدم جواز استخدام المستخدم (المـــستفيد) للبرنامج في غير الموضع أو النظام أو الطريقة المتفق

متوفـــرة علـــى الموقع التالي www.microsoft .com service providers / http.

(١)- عـــرفت محكمة التمييز الأردنية الاعذار بأنه (وضع المدين في حالة المتأخر في تنفيذ الالتزام الذي تعهد به ،لان مجرد حلول اجل الالتزام لا يكفي في جعل المدين في هذ ا الوضـــع القانوني بل لابد من اعذاره فقد يحل الالتزام ومع ذلك يسكت الدائن عن طلب التنفـــيذ مـــن المدين ،فيحمل ذلك على التسامح وانه لم يصبه ضرر من تأخر المدين وانه رضي ضمنت بمد الأجل ...) تمييز حقوق ٩٦/١٥٤٤ .مجلة نقابة المحامين س٤٦.ع ٣-٤ آذار ونيـــسان ١٩٩٨ ص ١٠٧٨ . وقـــضت محكمة النقض المصرية بان(الاعذار لا يتحقق بالمعنى القانوني إلا إذا تضمن تكليف المدين بالوفاء بالالتزام الذي قصر في تنفيذه ...) نقـــض.مدني ١٩٧٩/١/٢٥مجموعة المكتب الفني .س٣٠-رقم ٧٥ ص٣٧٥. وكذلك نقـــض ١٩٨٤/٤/٣ س٣٥ ص٦٤٠. ويمكن مراجعة د. شكري سرور – موجز الأحكام العامـــة للالتزام في القانون المدني المصري –ط١/القاهرة ١٩٨٥.ص٣٦٠-٣٦٤.و،د. أنور سلطان –أحكام الالتزام –دراسة مقارنة بين القانونين المصري واللبناني.دار النهضة العربية . القاهرة ١٩٧٤. بند رقم ٣٥٢ . ص ٣٦٧

علـــيها مثلا وقام بذلك كان مسئولا دون حاجة إلى اعذاره . أو اذا كـــان المدين مسئولا عن إنجاز العمل في مدة معينة ، وملتزما بذلك وانقضت هذه المدة دون إتمام التزامه تسقط الحاجة إلى اعذره ، فلو عهـــد إلى شركة برمجة معينة بالقيام بإعداد مقاولة نظام معلوماتي معـــين لمعرض طبي مثلا وفي وقت محدد ، وانتهى وقت المعرض دون ان تقـــوم بإعداد هذا النظام ،فانه يصبح لا مجال ولا ضرورة أساسا لتنفيذ هذا العقد أصلا ، وتقام عليها المسؤولية دون حاجة إلى اعذارها .

وكـــذلك وحـــسب القـــواعد العامة لا حاجة إلى الاعذار في عقود المعلوماتـــية،فيما لو أصبح تنفيذ هذا العقد مستحيلا ،أو أعلن المدين بتنفيذه صراحة عن عدم استعداده

أو قدرته أو رغبته في التنفيذ .(١)

أولا / الدفع بعدم التنفيذ :

تـــنص المـــادة ١٦١ مـــن القانون المدني المصري على انه (في العقود الملزمة لجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به)(٢). وقد تحدثت المذكرة الإيضاحية للقانون المدنـــي المصري والخاصة بهذه المادة فقضت بأنه (من الأصول

---

(١)-راجع المادة ٢٢٠ من القانون المدني المصري وهي تقابل المواد ٣٦٢ مدني أردني و ٢٨٠مشروع فلسطيني

(٢)- تقابل المواد ٢٠٣ مدني أردني و ٢٠٣ مشروع مدني فلسطيني.

التـــي يقـــوم علـــيها نظـــام العقـــود الملزمة للجانبين ارتباط تنفيذ الالتزامات المتقابلة فيها على وجه التبادل أو القصاص، فإذا استحق الـــوفاء بهذه الالتزامات لا يجوز تفريعا على ما تقدم أن يجبر احد المـــتعاقدين علـــى تنفـــيذ ما التزم به قبل قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ الالتـــزام المقابل ،وعلى هذا الأساس يتعين تنفيذ الالتزامات المتقابلة في وقت واحد) . (١)

وعطفـــا علـــى ذلك نلاحظ انه يجوز لكل طرف من أطراف العقد الملـــزم للجانبـــين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه أو يوقف تنفيذه ،حتى يقـــوم المتعاقد الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل له ، فهو امتناع مشروع عن تنفيذ التزام مؤقت بسبب عدم قيام الطرف المقابل بتنفيذ التزامه . (٢) والـــذي رأت فـــيه محكمـــة الـــنقد المصرية تطبقا خاصا من تطبـــيقات الحق في الحبس .(٣) وقالت المحكمة (خاصا) وذلك لان مجـــال عمـــل الحق في الحبس وتطبيقه أوسع نطاقا من مجال عمل

---

(١)- مجموعة الأعمال التحضيرية.مرجع سابق ج٢. ص ٣٣٣.

(٢)- أســتاذنا الدكــتور احمد شرف الدين -نظرية الالتزام -ج١،مرجع سابق ص٤٥١. و.د.أنور سلطان- مصادر الالتزام -مرجع سابق ص ٣٠٠-٣٠٧.

(٣) - قـــضت محكمـــة الـــنقض المصرية بان (خولت المادة ١٦١ من القانون المدني المصري للمتعاقد في العقود الملزمة للجانبين،حقا في أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به وهذا الحق وهو ما اصطلح على تسميته بالدفع بعدم التنفيذ - إن هو إلا الحق في الحبس في العقود الملزمة للجانبين).طعن ٣٠/٣٥ جلسة ١١/١١/ ١٩٦٥ س١٦، ص١٠١٨.قضاء النقض في المواد المدنية، قاعدة ٨٦٣ ص ٢٧٢.

الدفـــع بعـــدم التنفـــيذ .(١) وبتطبيق ذلك على عقود الإعداد فيما لو توافرت شروط الدفع بعدم التنفيذ ،(٢)فان امتنع المستخدم أو المستفيد عـــن دفـــع الثمن مثلا أو عن دفع الأقساط التي تم الاتفاق عليها في مواعيدها ،

فهـــل ســـيبقى المبرمج ملتزما بمواصلة إعداد البرنامج لتسليمه في المعـــد المحدد ،أو إذا كان المستخدم ينتظر تسلم معدات برمجة ،أو معلوماتـــية معيـــنة فـــي موعد محدد ،وتأخر المبرمج أو المنتج في التسليم ،فهل سيلتزم بدفع الثمن أو الأقساط المستحقة في حينها ؟؟؟

رأيـــنا أن القـــواعد العامـــة تقضي بأنه لا يجبر الدائن على تنفيذ التـــزامه إذا امتـــنع المدين عن التنفيذ أو تأخر ، وذلك انطلاقا من نظرية سبب الالتزام المباشر ،(٣)

وعلـــى ذلـــك لا يجبر الدائن في عقود الإعداد بتنفيذ التزامه طالما الطـــرف الآخـــر لـــم يقـــم بذلك ولكن بشرط أن يكون التقابل في

---

(١)- الحق في الحبس يشمل العقود الملزمة للجانبين وغيرها ، والدفع بعدم التنفيذ يقتصر العمل به على العقود الملزمة للجانبين . يمكن مراجعة الأستاذ .د، السنهوري –الوسيط– مصادر الالتزام ج١ المجلد الثالث ص ٨٢٨ .

(٢)- مـــن المعلـــوم بداهة انه يجب أن تتوافر شروط لكي يستطيع المتعاقد أن يدفع بعدم تنفـــيذ العقـــد وهي أن يكون العقد ملزما للجانبين وان يكون الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه مـــستحق الأداء،مع وجوب مراعاة حسن النية في التمسك بهذا الدفع .للمزيد من التفصيل راجع/ د احمد شرف الدين – المرجع السابق .ص ٤٥٤–٤٥٥.

(٣)- أي سبب التزام المتعاقد هو التزام المتعاقد الآخر.

الالتزامات التي تحمل موضوعا واحدا في عقد واحد أو في ملاحق هذا العقد (دائما لعقود الإعداد ملاحق) .(١)

فلو كان بين الأطراف عقدين ، عقد إعداد ،وعقد بيع معدات ،وكان العقدين منفصلين ،بحيث لو قام المشتري بدفع ثمن المعدات ،فلا يجوز للبائع أن يمسكها بحجة أن المشتري نفسه لم يدفع أقساط عقد الإعداد، وكذلك لا يمكن للبائع أن يحجز هذه الأجهزة لديه ولا يسلمها للمشتري بعد دفعه لثمنها ، وذلك ضمانا لدين آخر في مستحق للبائع ذمة المشتري .

هذا من ناحية أما من ناحية أخرى فيشترط في من يمتنع عن تنفيذ التزامه انطلاقا من أن المقابل له لم يقم بتنفيذ التزامه ان يكون مستعدا لتنفيذ التزامه ،(حسن النية) بحيث تكون حجته في الامتناع عن التنفيذ مبنية على أسباب جوهرية ومعقولة .

فإذا لم يسلم المبرمج أو المنتج النسخة الاحتياطية مثلا من البرنامج الذي تم تسليمه على أقراص ، أو لم يسلم برنامج فرعي من مجمل البرامج ، أو هامشي من مجمل نظام المعلوماتية المتفق على إعداده ، فان ذلك لا يعتبر عذرا كافيا لامتناع المستخدم أو المستفيد عن دفع الثمن أو المقابل بحجة أن المبرمج قد اخل بالتزام متقابل وسابق في موعد التنفيذ عن البدل حسب ما تم الاتفاق عليه بالعقد.

---

(١)- إن مجال إثارة الدفع بعدم التنفيذ مقصور على ما تقابل من التزامات طرفي كل عقد على حده. يمكن مراجعة .د، حسام الاهواني – مرجع سابق ص ٥٤٠ .ود، احمد شرف الدين .المرجع السابق. ص ٤٥٤-٤٥٥.

وهذه الأمور تخضع لسلطة القاضي التقديرية الذي يتحقق من جدية وجوهـــرية امتـــناع المدين عن التنفيذ ، ومدى تأثير ذلك على حق الدائن واستفادته من محل العقد الذي يحتج على أساسه بعدم التنفيذ . (١)

وبما أن الدفع بعدم التنفيذ هو إجراء مؤقت، فانه بالتالي لا يمكن أن يـــستمر الامتناع عن التنفيذ إلى ما لا نهاية خصوصا إذا لم تتحقق فائدة منه ، فللقاضي هنا أن يقرر التنفيذ العيني الجبري ،أو الفسخ ، أو حتى أن ينتهي الدفع بعد التنفيذ بتقديم المدين ضمانا يكفل به تنفيذ التزامه . (٢)

ثانيا / التنفيذ الجبري

يقـــصد بالتنفيذ العيني الجبري تمكين الدائن من الحصول على ذات الأداء الـــذي التزم به المدين ،(٣)وقد نصت المادة ٢٠٣ من القانون المدنـــي المـــصري على أن المدين يكون مجبرا على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا متى كان هذا التنفيذ ممكنا ، وطالما ان التنفيذ العيني لا يتـــضمن إرهاقـــا للمـــدين ، أو أن يكون هناك إرهاقا بالمدين عبر

---

(١)- د. حـــسام الاهوانـــي – المرجع السابق ص ٥٤٤. و. د. السنهوري – الوسيط – المرجع السابق ص ٨٣٤-٨٣٦.

(٢)- د. الـــسنهوري – الوســـيط ، المرجع السابق ،ص ٣٣٨ . د، وحيد الدين سوار – شرح القانون المدني – النظرية العامة للالتزام.ج١. مصادر الالتزام –المصادر الإرادية – ج٢ دمشق ١٩٩١ ف ٦٠٦ص ٥ .

(٣)- د. منذر الفضل- النظرية العامة للالتزامات- ج٢.أحكام الالتزام، دار الثقافة للنشر والـــتوزيع.عمـــان ١٩٩٨ ص ١٦.و.د، السنهوري –الوسيط – المجلد الثاني.ج٢.المرجع سابق ص ٧٥٧ .

التمسك بالتنفيذ العيني ولكن عدم التنفيذ عينا يلحق بالدائن ضررا جسيما ،ففي هذه الحالة فان مصلحة الدائن في تنفيذ التزامه عينا تقدم على مصلحة المدين بعدم إرهاقه (١) .

والتنفيذ الجبري يعتمد على طبيعة الالتزام الذي امتنع المدين عن تنفيذه ،فإذا كان الالتزام هو التزام بتسليم شيء معين ،كمعدات مثلا ،وكان التنفيذ العيني لا يزال ممكنا ،ولا يقع به ضرر جسيم على المدين فان القاضي في هذه الحالة يمكن له ان يحكم بالتنفيذ العيني الجبري ، وكذلك لو امتنع المستخدم في عقود الإعداد عن دفع المقابل ،فيمكن إجباره على ذلك عن طريق الحجز على أمواله مثلا واستحصال المبلغ أو المقابل الذي رفض أداءه ، وهو ما يمكن فعله كذلك فيما لو امتنع المبرمج (المنتج) عن تسليم البرامج التي قام بإعدادها أو المعدات التي يجب ان توضع البرامج عليها لتعمل حسب الغرض المخصص لها ، فيمكن في هذه الحالة ان يتم التسليم عن طريق التنفيذ العيني الجبري .

أما إذا كان التزام المدين القيام بعمل غير التسليم فيجب أن نفرق بين حالتين ،إذا كانت شخصية المدين ليست محل اعتبار ،فيمكن أن يتم التنفيذ على نفقة المدين (وهنا نلاحظ البرامج النمطية) فإذا كان

---

(١) – تنص المادة ٢٠٣٣ على (١– يجبر المدين بعد اعذاره طبقا للمادتين ٢١٩و٢٢٠ على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا متى كان ممكنا ٢– على انه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين جاز له ان يقتصر على دفع تعويض نقدي إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسيما) تقابل المواد ٣٥٥ من القانون المدني الأردني و٢٦٠ من مشروع القانون المدني الفلسطيني.وللتوسع في ذلك يمكن مراجعة .د، السنهوري المرجع المشار إليه أعلاه ص ٧٦٠ومابعدها. و.د. أنور سلطان – أحكام الالتزام – مرجع سابق بند ٤٢ . ص ٤٥–٤٦

التـــزام المدين مثلا هو الإفراز وامتنع عنه فيمكن ان يتم هذا العمل بواسطة أو من خلال شخص ثالث وعلى نفقة المدين .

أو فـــي حالـــة أخـــرى إذا كـــان التـــزام المبـــرمج تركيب نظام معلوماتـــية،وقام هذا المبرمج بالتنفيذ الجزئي (وكان هذا العمل مما يتقنه ويعرفه مهندسو الاتصالات والمعلومات) فليس هناك ما يمنع مـــن ان يقـــوم القاضي بتقرير اللجوء إلى شخص ثالث لإتمام هذا العمل وعلى نفقة المبرمج نفسه . (١)

أمـــا إذا كانت شخصية المدين محل اعتبار قلا يمكن التنفيذ الجبري بواســـطة طـــرف ثالث ، أو حتى لا يمكن إجبار المدين على القيام بهذا العمل إكراها ،وخصوصا إذا كنا أمام إبداع سيقوم به المبرمج في عقد إعداد (مقاولة) لصالح شخص معين (فهذا ما يشكل قريحة الفكـــر ونـــتاج الذهن) كالفنان مثلا فلا يمكن إجباره ، وليس أمام الـــدائن فـــي مـــثل هذه الحالة إلا الخيار مابين المطالبة بفسخ العقد والـــتعويض أن كـــان لـــه مقـــتض ، أو المطالبة بفرض الغرامة التهديدية. (٢)

ثالثا / الغرامة التهديدية:-

الغرامة التهديدية هي مبلغ من المال يفرضه القاضي على المدين إذا امتـــنع عـــن تنفـــيذ التزامه بموجب عقد وكانت شخصيته في هذا

---

(١) المـــادة ٢٠٩ من القانون المدني المصري وهي تقابل المواد ٢/٣٥٦ مدني أردني و ٢٦٧ مشروع فلسطيني

(٢) – المادة ٢١٣ من القانون المدني المصري والمادة ١/٢٧١ مشروع مدني فلسطيني .

الالتـــزام محـــل اعتبار . (١)وتفرض على شكل دفعات عن كل يوم تأخير ، ويتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة وكبيرة في فرضها ، والآلية اللازمة لتنفيذها .

وهـــي تعتبـــر وســـيلة ضـــغط الهدف منها دفع وحث المدين الذي شخـــصيته في تنفيذ الالتزام محل اعتبار على القيام بالتنفيذ ، وذلك عبر دفعه مبالغ إضافية إن لم يقم . (٢)

وإذا تعـــذر تنفيذ الالتزام رغم فرض الغرامة التهديدية ، فيصار إلى الفـــصل في القضية وتقرير الفسخ ، أو تقرير الفسخ مع النظر في مـــبلغ الغرامة إذا كان يصلح لكي يكون تعويضا عادلا أم فيه إثقال على من فرضت عليه ، وذلك لان الغاية منها كما أسلفنا هي الإثقال علـــى المدين لدفعه لتنفيذ عين ما التزم به . فهذه الغرامة مصيرها إلـــى زوال أمـــا بقـــيام المدين بالتنفيذ وبذلك تسقط ويحل بدلا منها التعويض عن التأخير بالتنفيذ أن كان له مقتض ، أو لا يقوم بالتنفيذ

---

(١). د. شـــكري سرور–موجز الأحكام العامة للالتزام في القانون المني المصري –ط١ ١٩٨٥ بند ٢٦ .ص٧١

ولـــم يعـــرف المشرع الأردني نظام الغرامة التهديدية بشكل مباشر ولكنه أشار إلى نظاما مشابها في باب التنفيذ بطريق التعويض .انظر المادة ٣٦٠ مدني أردني وانظر في ذلك.د، صـــلاح الـــدين الناهـــي – أحكام الالتزام –دراسة تحليلية موازنة – مجلة نقابة المحامين الاردنين– ملحق الأبحاث–٢٩.كانون أول ١٩٨٥ ص٥٧.

و،د .عـــبد القادر الفار – أحكام الالتزام –دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ٢٠٠١.ص ٦٤.

(٢)– د. السنهوري – الوسيط – المجلد الثاني. آثار الالتزام –ج٢.ص ٨٠٥–٨١٧.

رغـــم فرضها وبالتالي يتم الحكم بالفسخ ويل بدلا منها جبر الضرر كتعويض حقيقي ونهائي (١)

وقـــد تتـــشابه الغرامة التهديدية كثيرا في عقود الإعداد مع الشرط الجزائي ،(٢) وذلك عندما يفرض الشرط الجزائي على شكل دفعات عـــن كل يوم تأخير ، فلو اتفق المبرمج مع المستخدم على ان يقوم المبـــرمج بإعـــداد نظـــام معلوماتي لصالح المستخدم وتضمن هذا الاتفـــاق أن يدفـــع المبرمج غرامة (مبلغ من المال) عن كل يوم يتأخـــر فـــيه عـــن مـــوعد تسليم النظام ، فان ذلك يعتبر من قبيل الـــتعويض عن الضرر الذي تعرض له المستخدم جراء التأخير في تسليم النظام ومباشرة أعماله وليس من قبيل الغرامة التهديدية .

مع ملاحظة أن ذلك لا يمنع من الاتفاق على الغرامة التهديدية بعقد الإعـــداد نفـــسه في صورة أن يتفق المستخدم مع المبرمج على أن يدفـــع الأخير غرامة محددة عن كل يوم تأخير عن إنجاز النظام،مع احـــتفاظ المستخدم لحقه بالمطالبة بالتعويض الكامل عن الضرر إذا تأخر المبرمج بتنفيذ التزامه .

---

(١) –د الـــسنهوري– المرجع السابق –ص ٨١٦. د. إسماعيل غانم . مرجع سابق. بند ١٨ –ود أنـــور سلطان– أحكام الالتزام –مرجع سابق – بند ٦٠ .ص ١٤٠ .ومجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري .ج٢ ص٥٤٠ .

(٢) – هـــو تعويض اتفاقي يقرره طرفا العقد عند التعاقد أو أثناء نفاذ العقد يلتزم المدين بدفعه إذا اخل بالتزامه وسبب ذلك ضررا للدائن . للتوسع راجع.د، السنهوري – المرجع الـــسابق ص ٨٥١. و.د، ســـليمان مرقص –شرح القانون المني . مرجع سابق .ج٢.ص ٦٠٤ وما بعدها.

ففـــي هـــذه الحالـــة يتحقق المعني والقصد من الغرامة وذلك بحث المدين على تنفيذ التزامه دون أن يكون القصد منها التعويض ، فهي لا تعتبـــر هـــنا شـــرطا جزائيا ، لأنها بالنتيجة ،سوف تشكل وسيلة ضغط مؤقتة فقط وانتقالية مابين تقرير التعويض النهائي ، أو تقرير الفـــسخ مـــع الـــتعويض ، أو انحلال العقد ، فهي كما أسلفنا إجراء مؤقت ينتهي بانتهاء الغاية من وجوده .

المبحث الثاني

الوسائل غير العادية للانتهاء

رغم ان الفقه المصري يرى بان فسخ العقد هو احد أسباب انحلاله ،(١)الا انـــه يتعـــين التميـــز بين مفهوم فسخ العقد و بين انحلاله ، خصوصا بالنسبة للأثر الرجعي لهذه التصرفات وعليه ففي عقود الإعداد إذا اخل احد المتعاقدين بالتزامه في مواجهة الآخر، يختلف مفهـــوم كل من الفسخ والانحلال اللذين يحق للمتعاقد الآخر المطالبة بهما وذلك لاختلاف مفهوم كل منهما في هذه العقود .

لذلك قمنا بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نبحث في المطلب الأول انـــتهاء العقـــد بالفـــسخ ونـــبحث فـــي مطلـــب ثـــان انتهاء العقد بالانحلال.كأشهر الصور والوسائل غير عادية للانتهاء ، ولا يفوتننا ذكر ان هذه الصور ليست الوحيدة في هذا المجال فهناك انتهاء العقد

---

(١) – د، احمـــد شرف الدين – نظرية الالتزام – مرجع سابق ، ص ٤٠٧ ،و. د ، أنور سلطان – مصادر الالتزام – مرجع سابق ص ٢٨١.

بالاتفـــاق (التقايل)(١) وهناك إنهاء العقد بالإرادة المنفردة(الإلغاء) فيما لو أجاز القانون ذلك .(٢)

المطلب الأول

انتهاء العقد بالفسخ

عـــرفت محكمة النقض المصرية الفسخ بأنه (حل للرابطة العقدية بـــسبب إخـــلال احـــد طرفـــي العقد الملزم للجانبين بالتزام ناشىء عنه) . (٣)

وقـــد نـــصت المادة ١٥٧ من القانون المدني المصري في فقرتها الأولـــى علـــى انـــه (في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف احد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدين أن يطالب بتنفـــيذ العقـــد أو بفـــسخه مـــع الـــتعويض في الحالتين إذا كان له مقتضى .) .(٤)

---

(١)- قضت محكمة النقض المصرية بان (متى كان الطرفان قد تراضيا على إلغاء العقد فان هذا التفاسخ (التقايل) لا يكون له اثر رجعي إلا إذا اتفقا على ترتيب هذا الأثر .....) نقض ١٩٦٦/٤/٧س ١٧-رقم ١١٢ص ٨٢٥

(٢) – راجع المواد ٥٣١، ٧١٥، ٦٦٣ من القانون المدني المصري

(٣)- نقض ١٨ /١/ ١٩٨٩ . الطعن ٥٦/٥٣٧ ق . مجموعة المكتب الفني س٤٠ ج١ رقم ٤٣ ص٢٠١ .

(٤) – تقابل المواد ٢٤٦ من القانون المدني الأردني و ٢٠٢ من مشروع القانون المدني الفلسطيني .

وعليه نلاحظ أن الفسخ لا يكون إلا في العقود الملزمة للجانبين ، بحيث إذا لم يف احد المتعاقدين بالتزام رتبه عليه العقد ، كان للطرف الآخر ان يطلب إنهاء العقد للتحلل هو الآخر من التزاماته . والفسخ يرد على كافة العقود الملزمة للجانبين سواء كانت من العقود الفورية أم من العقود الزمنية (١)، وهو لا يشترط ان يكون عدم تنفيذ المتعاقد لالتزامه كليا حتى يحق للآخر المطالبة به ، فهذا الحق يثبت للمتعاقد حتى لو قام الآخر بتنفيذ بعض التزاماته وهذا معناه أن عدم التنفيذ الجزئي يصلح سببا للفسخ ، ويدخل في نطاقه التنفيذ المتأخر وعدم تنفيذ التزام تبعي ، والتنفيذ المعيب ، ولكن كل ذلك بشرط أن يكون من شان هذه الصور ان تشكل إخلالا بالتزام جوهري. (٢)

ولا يهمنا في هذا البحث الخوض في تفاصيل الفسخ فمرجع ذلك للقواعد العامة ، فالذي يهمنا هنا هو تطبيق وتحديد مفهوم الفسخ على عقود الإعداد (المعلوماتية) وبيان كيفية المطالبة به وسلطة القاضي التقديرية بالحكم به .

ان الفسخ يعني انتهاء العقد بالاستناد إلى الماضي ، أي بأثر رجعي واعتباره كان لم يكن ،ولا يتحقق ذلك ما لم يكن المتعاقد الذي يطالب بالفسخ حسن النية أي انه مستعد لتنفيذ التزامه ، وقادر على

---

(١) – نقض مدني ١٩٨٩/٣/٦ س ٤٠ عدد ١ رقم ١٢٧ ص٧٣٥ .

(٢)– جوهرية الالتزام عادة يتم تحديدها من خلال طبيعة العقد أو طبيعة التعامل بين الأطراف والظروف المحيطة –لمزيد من التفاصيل راجع – أستاذنا .د. احمد شرف الدين – نظرية الالتزام – مرجع سابق ص ٤١٠-٤٢٠ . و د. حسام الاهواني مرجع سابق ص ٥٦٠-٥٦٣ .

إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد .(١) طبعا ويثبت حسن نية الـدائن عبـر قيامه باعذار المدين لحثه على تنفيذ التزامه ووضعة تحت طائلة المسؤولية قبل مطالبته بالفسخ (٢)، والاعذار هنا إلزاميا وليس جوازيا طبعا إذا لم يتفق على غير ذلك فان اكتشف المستخدم ان البرنامج أو حتى النظام معيب وقام بالتصرف به للغير ، لا يحق له المطالبة بالفسخ ، وذلك لان هذا التصرف يحمل في طياته دلالة قطعية على تنازله عن حقه بالمطالبة بالفسخ.

ويـؤدي الحكم بفسخ العقد إلى اعتبار العقد كان لم يكن والى إعادة الحال إلى ما كانت عليه ، وبتطبيق ذلك على عقود الإعداد يعني أن علـى المستخدم أو المستفيد أن يرد ما استلمه من معدات أو برامج أو أجهـزة متعلقة بالبرامج أو حتى بالنظام فيما لو تعاقد على نظام معلوماتـي مـتكامل إلى المبرمج (المتعهد ، المقاول) وعلى هذا الأخير أن يرد المقابل .

هـذا كلامـا جيدا وتطبيقيا للقواعد العامة ولكن في عقود الإغداد يصعب في اغلب الأحيان إعادة الحال إلى ما كانت عليه ، إذ كيف ونحـن نـتعامل مـع كـيانات منطقية ، وكيف ،ويمكن ان يكون المـستخدم قـد استعمل بعضها .....الخ ، فما هو الحل لو تعذرت إعادة الحال في جزء من العقد أو حتى في العقد كله ؟ كان يتصرف

---

(١) – د– حـسام الاهوانـي –مرجع سابق . ص ٥٦٣ .د. نوري حمد خاطر – مرجع سابق ،ص٢١٢ . ود. احمد شرف الدين . المرجع السابق ص ٤٢٠ .

(٢) – راجع سابقا المواد ١٥٧ مدني مصري و ٢٤٦ مدني أردني و ٢٠٢ مشروع مدني فلسطيني .

المستخدم بالمحل إلى الغير حسن النية أو كان يهلك المعقود عليه جزئيا أو كليا ؟ أجابت على هذا التساؤل المادة ١٦٠ من القانون المدني المصري بقولها (إذا انفسخ العقد أعيد المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض) .(١) أي إذا لم يكن بالامكان إعادة الحال إلى ما كانت عليه ينفسخ العقد ويصار إلى التعويض ، أي يستبدل التعويض بإعادة الحال إلى ما كانت عليه .

فان كنا أمام عقد من عقود الإعداد بوصفه عقد من عقود المدة (العقود الزمنية) فليس لفسخه أثرا رجعيا كالعقود الفورية ، بحيث لا يترتب على الفسخ سوى إنهاء العالقات الناشئة عن العقد منذ وقوع الفسخ ، اذ ان طبيعة هذا العقد لا يمكن معها تطبيق الأثر الرجعي لان الزمن فيها كما أسلفنا مقصودا لذاته ، والتقابل بين الالتزامات يتم على دفعات بحيث لا يمكن الرجوع فيما نفذ منه (فكيف بعد استعمال برنامج معين اعد على سبيل الايجار ومضت مدة من الاستعمال مقترنة بدفع الأقساط ،يمكن الرجوع عما نفذ منه؟) ففي هذه الحالة يكون مقابل الاستعمال له صفة الأجرة وليس التعويض ، بحيث ينفسخ العقد انطلاقا من الحاضر والمستقبل ولا تكون الأقساط الماضية سوى بدلا للإيجار مثلا . (٢)

---

(١) – تقابل المواد ٢٤٨ مدني أردني و ٢٠٦ مشروع مدني فلسطيني .

(٢) – د. أنور سلطان – مصادر الالتزام – مرجع سابق ص ٢٩٤-٢٩٥ . و.د، احمد شرف الدين – المرجع السابق –ص ٤٤١ . و.د، السنهوري – الوسيط- مصادر الالتزام – المجلد الثاني ١ – مرجع سابق ص ٨٠٦ .

ولابـــد من القول أيضا في مجال الفسخ أن عدم قيام المتعاقد بتنفيذ التـــزامه الذي يشكل مبررا للمتعاقد الآخر للمطالبة بالفسخ يجب ان يكون راجعا إلى سبب ينسب إليه ، لا إلى سبب أجنبي لا يد للمدين بـــه أو قـــدرة علـــيه ، فان أصبح تنفيذ عقد الإعداد مستحيلا لسبب أجنبـــي لا دخـــل للمدين به ، انقضى الالتزام وانقضى معه الالتزام المقابـــل ، وانفـــسخ العقـــد مـــن تلقاء نفسه في هذه الحالة وبحكم القانون.(١)

أمـــا عـــن سلطة القضاء التقديرية في الحكم بالفسخ ، فيلحظ هنا ان الفـــسخ بالأصـــل قضائي ، ومقتضى ذلك أن إخلال احد المتعاقدين بالتـــزامه ، يعطـــي الحق للآخر بعد اعذاره بمطالبة القضاء بالحكم بالفسخ ، فالقانون ينشا الحق في المطالبة بالفسخ في العقود الملزمة لجانبين ، والقاضي في حكمه إنما ينشا الفسخ ، ولا يكشف عن عقد منفـــسخ ، إلا فـــي حالة السبب الأجنبي والقوة القاهرة ، أو الفسخ

---

(١) - قـــضت محكمـــة النقض المصرية في هذا بان (ينفسخ عقد البيع حتما ومن تلقاء نفسه طبقا للمادة ١٥٩ من القانون المدني بسبب استحالة تنفيذ التزام احد المتعاقدين لسبب أجنبي ، ويترتب على الانفساخ ما يترتب على الفسخ من عودة المتعاقدين إلى الحالة التي كانـــا علـــيها قـــبل العقد) طعن ٣٤/١٨٢ ق جلسة ١٢/٢٦ /١٩٦٤ س ١٩ ص ١٥٦٥ .قضاء النقض في المواد المدنية – مرجع سابق –قاعدة ٩٧٨ ص ٣٠٣-٣٠٤ . وفي نفس المعنـــى المـــواد ٢٤٧ مـــن القانـــون المدني الأردني و٢٠٤ من مشروع القانون المدني الفلسطيني . ولمزيد من التفصيل راجع .د، السنهوري – المرجع السابق ص ٨٢٣-٨٢٤ . و .د، احمد شرف الدين – المرجع السابق ص ٤١٨.

ألاتفاقي (١) ، بان يرتب المتعاقدان شرطا بالعقد يجعل منه منفسخا من تلقاء نفسه إن لم يف احدهما بالتزاماته ، وهو ما أجازته المادة ١٥٨ من القانون المدني المصري . (٢)علما ان هذا الشرط لا يغني عن رفع الدعوى للحكم بالفسخ ، ولا يسلب القاضي سلطته التقديرية لرفض الحكم به ، أو منح المدين أجلا للتنفيذ (أي لا يتحتم على القاضي تطبيق الشرط) (٣)

حيث يمارس القاضي في جميع الأحوال سلطة تقديرية واسعة في إقرار الفسخ حتى لو كان اتفاقيا أو قانونيا ، فان وج القاضي مثلا عدم التنفيذ جزئيا ، ورتب ضررا جسيما بحق الدائن يمكن ان يقرر الفسخ ، ، فلو باع المبرمج معدات النظام كاملة للمستخدم ،ملتزما في نفس الوقت بتزيد المستخدم بالبرامج المناسبة لهذا النظام ، ثم لم يف بذلك ، فيتعين على القاضي هنا الحكم بالفسخ ، لان هذا النظام سوف لن يعمل بدون البرنامج المناسب . ويذهب الفقهاء بالنسبة لعقود الإعداد أكثر من ذلك بقولهم حتى لو امتنع المبرمج أو المنتج

---

(١) – د، حسام الاهواني – مرجع سابق ص ٥٧٥. ود. حمدي عبد الرحمن –الوسيط في النظرية العمة للالتزامات –الكتاب الأول – المصادر الإرادية للالتزام – العقد والإرادة المنفردة ،دار النهضة العربية– القاهرة ١٩٩٩ ص ٦١٤.

(٢)– نصت المادة على انه (يجوز الاتفاق على ان يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه ، وهذا الاتفاق لا يعفي من الاعذار ، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه) . تقابل المواد ٢٤٥ من القانون المدني الأردني و ٢٠٣ من مشروع القانون المدني الفلسطيني

(٣) – أستاذنا .د. احمد شرف الدين – المرجع السابق ص ٤٣١ .

عـن تـزويد المـستخدم بالدليل (دليل التشغيل) وكان ضروريا لمباشرة العمل وتشغيل النظام يمكن للقضاء الحكم بالفسخ . (١)

وكـذلك لـو تأخـر المبرمج أيضا في تسليم المعدات ، ولم يعد ضـروريا بالنـسبة للمستخدم تنفيذ الصفقة ، كان من حقه المطالبة بالفسخ .

وعلـى جانب آخر فان اخل المستخدم مثلا في تنفيذ التزاماته أو تأخـر فـيها ،يحـق للمبرمج المطالبة بالفسخ ، كما لو رفض تسلم البرنامج أو النظام بدون مسوغ أو عذر قانوني .

وفي مقابل ذلك يجوز للقاضي إلزام المدين بالتنفيذ الجبري ورفض طلـب الـدائن بالفسخ إذا كان ذلك ممكنا كما لو تعهد المدين بتنفيذ التزامه في مهلة محددة دون ان يلحق ذلك بالدائن ضررا ، وهذا لا يعنـي عـدم الحكـم بالتعويض للدائن فيما لو رفض القضاء الحكم بالفسخ نتيجة لإخلال المدين بالتزامه . (٢)

وهـذا لا يعنـي أن للقـضاء الحق في تعديل العقد وذلك لان العقد شـريعة المتعاقدين ، والفسخ غير التعديل ، فالحكم بالفسخ هو إنهاء للعقد نتيجة لإخلال احد المتعاقدين بالتزامه ويكون بقرار من القضاء الذي استمد هذه السلطة من القانون مباشرة .(٣)

---

(١) – د، نوري حمد خاطر – عقود المعلوماتية – مرجع سابق ص ٢١٥ وما بعدها ، د فاروق الحفناوي – قانون البرمجيات – مرجع سابق ص ٣٢٥ .

(٢)– د. احمـد شرف الدين – المرجع السابق .هامش ص ٤٢٨ . وانظر نقض ٥/٢٢/ ١٩٨٤ س٣٥ رقـم ٢٦٨ ص ١٣٩٠ (انقضاء الأجل دون وفاء بالالتزام لا يوجب على قاضي الموضوع الحكم بالفسخ)

(٣)– راجع المواد ١٥٧ مدني مصري و ٢٤٦ مدني أردني و٢٠٢ مشروع فلسطيني

أمـــا تعديل العقد فيجب ان ينص القانون صراحة على حق القاضي في التعديل ، لان الأساس هو مبدأ سلطان الإرادة وان العقد شريعة المـــتعاقدين وان الـــتعديل يجـــب ان يكـــون بـــإرادة المـــتعاقدين ورضاهما.(١)

المطلب الثاني

انتهاء العقد بالانحلال

ســـار الفقـــه والقضاء على إطلاق مصطلح الفسخ على كل سبب ينتهـــي بـــه العقـــد نتيجة للإخلال ،(٢) وذلك رغم أن مدلول الفسخ يـــتمحور بإنهـــاء العقد بأثر رجعي واعتباره كان لم يكن ، وهذا ما اعترف به المشرع المصري في المادة ١٦٠ عندما نصت انه (إذا انفسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض) .(٣)

وفي عقود الإعداد فان تطبيق ذلك يكون على العقود فورية التنفيذ أو مـــؤجلة الـــنفاذ ، ومن الصعوبة بمكان وكما أسلفنا تطبيق مفهوم الفـــسخ بالأثـــر الرجعي على العقود مستمرة التنفيذ ، كعقود إيجار البـــرامج ، ام منح حق الاستعمال (الترخيص بالاستعمال) والذي

---

(١)- انظـــر المـــادة ١٤٧ مدنـــي مصري وهي تقابل المواد ٢٤١ مدني أردني و ١٧٩ مشروع مدني فلسطيني

(٢) – د. أنـــور ســـلطان – مـــصادر الالتزام – مرجع سابق ص ٢٨٦ وما بعدها. د. إسماعيل غانم – مرجع سابق ص ٣٢٥ وما بعدها. د، احمد شرف الدين- المرجع السابق – ص ٤٠٧ وما بعدها.

(٣) – تقابل المواد ٢٤٨ مدني أردني و ٢٠٦ مشروع مدني فلسطيني.

يكـــون بها الزمن عنصرا جوهريا ، بحيث ان كل وحدة زمنية تمر يقابلها منفعة ، فالزمن مقياس لتحديد التزامات وحقوق الأطراف في مـــثل هـــذه العقود ، وعلية لا يمكن إن أعملنا مفهوم الفسخ بالشكل التقليدي أن تتم إعادة الحال إلا ما كانت عليه قبل التعاقد ، لهذا نرى أن مـــصطلح الانحـــلال بالنسبة للعقد أدق في مثل هذه الحالات من اســـتخدام مـــصطلح الفسخ ، حتى يتم تميزها عن العقود الفورية ، حـــيث أن الانحـــلال في العقود الزمنية وكما أسلفنا عند حديثنا عن فسخ هذه العقود ينهيها بالنسبة للمستقبل فقط.(١)

على انه يجدر التنويه ان القضاء والمشرع لم يلتزما بهذه التفرقة ، فهمـــا يستخدما في الغالب مصطلح الفسخ للدلالة على الاثنين ، فقد جـــاء نـــص المادة ٥٦٩ من القانون المدني المصري ليؤكد ما قلناه (١- إذا هلكـــت العين المؤجرة أثناء الايجار هلاكا كليا انفسخ العقد مـــن تلقـــاء نفسه ٢- أما إذا كان هلاك العين.....إما إنقاص الأجرة أو فسخ الايجار....الخ) .(٢)

---

(١) - يمكـــن أن نبقى على مصطلح الفسخ كما الفقه المصري ونميز بين العقود مستمرة التنفـــيذ والعقـــود فورية النفاذ بالنسبة للفسخ وأثره الرجعي ، بحيث لا اثر رجعي بالنسبة لفـــسخ العقـــود التي يكون الزمن عنصرا جوهريا فيها ، ولكن الفقه اليوم يفضل مصطلح الانحـــلال عـــند حديثه عن فسخ العقد مستمر التنفيذ (عقود المدة) . لمزيد من التفصيل يمكن مراجعة:- د. ياسر الصيرفي - نقد التمييز بين العقد الفوري والعقد المستمر - دار النهـــضة العـــربية القاهـــرة ١٩٩٩ص ٧ وما بعدها . د و وحيد الدين سوار - المصادر الإرادية - مرجع سابق - ص ٣٦٣

(٢) - تقابل المواد ٦٨٧ من القانون المدني الأردني و ٦٨٥ من مشروع القانون المدني الفلسطيني .

رغـــم ان الفقـــه قـــد رسخ الموقف بالنسبة للعقود المستمرة التنفيذ باعتـــبار ما تم دفعة من الأجر بدلا عن الانتفاع هو ليس على سبيل الـــتعويض ، ولكنه مقابلا عن الاستعمال والانتفاع لمدة مضت ، اذ كيف ستعيد متعاقدين إلى ما كانا عليه قبل إيجار برنامج احدهما إلى الآخر وقيام هذا الآخر باستعماله سنة مثلا ، ومطالبته بعد تلك السنة بفـــسخ العقد لسبب جوهري ؟ كيف ستطلب منه أعادة الحال إلى ما كانت عليه والزمن في هذا العقد مقصودا لذاته لا بل هو يمكن أن يصنف على انه محلا في هذا العقد .(١)

وأخيـــرا لابـــد من القول أن اختلاف التسمية أو المصطلح لا يؤثر على سلطة القاضي التقديرية في الحكم بانحلال العقد مستمر التنفيذ ، نتيجة لإخلال المدين بالتزاماته ، فمثلا لو ان القاضي قد استظهر ان هناك شرط في عقد إيجار برنامج يقضي بانحلال العقد إذا ظهر برنامج أكثر كفاءة من البرنامج الذي في حيازة المستأجر ، فله أي للقاضـــي الـــسلطة التقديرية الكاملة في التحقق من وجود مثل هذا البـــرنامج ومـــن ثـــم الحكم بانحلال العقد من عدمه (على ضوء استبيانه) ، وباختصار فان القاضي يملك نفس السلطات التي يملكها فـــي تقرير الفسخ في العقود الفورية والمؤجلة النفاذ بالنسبة لتقرير الانحـــلال في العقود مستمرة التنفيذ ، سوى انه لا يحكم بإنهاء العقد بالنـــسبة للماضـــي والمـــستقبل ، بـــل يحكم بإنهاء العقد بالنسبة

---

(١) – د. انـــور سلطان – المرجع السابق . ص ٢٩٤– ٢٩٥ و.د، احمد شرف الدين – المرجع السابق –ص ٤٤١ . و.د، السنهوري – الوسيط– مصادر الالتزام – المجلد الثاني ١ – مرجع سابق ص ٨٠٦ .

للمـــستقبل أي بانحلاله . ولابد من القول هنا ان ليس هناك ما يمنع المـــتعاقدين مـــن اتفاق على إنهاء العقد بالنسبة للمستقبل في العقود فورية التنفيذ .

الخاتمة

غنـــي عـــن الذكر أن دراستنا هذه دارت حول الإطار القانوني لعقود إعداد البرامج الالكترونية، وكان طريقنا فيها محاولة معالجة، هذه العقود من حيث النظم القانونية التي تتم من خلالها والآثار التي تترتب عليها ، ولعل الصعوبات الجمة التي تكتنف هذا الموضوع ، وحداثة العهد باستخدام عقود البرامج النمطية منها والعادية ، ولعدم وجود نصوص قانونية مباشرة تنظم هذه المسالة ، من ناحية أخري ، ولحداثـــة وجدة هذا الموضوع على المجتمع الفلسطيني وأهميته ، كانـــت أسبابا مجتمعة ، شكلت دافعا لاختيارنا ،للبحث والدراسة في هـــذا المجـــال ، مستلهمين كما أسلفنا سابقا ، تجربة الشقيقة الكبرى مصر في هذا المجال وتجارب الدول الرائدة فيه .

وقـــد قمنا بتقسيم هذا البحث إلى بابين ، يسبقهما فصل تمهيدي ، بحثـــنا مـــن خلالـــه التعـــريف ببرامج الحاسب من الناحية التقنية والقانونية ، كمدخل لهذه الدراسة ، وبينا كيف ان المشرع سواء في مـــصر أم في الأردن أو قي اغلب التشريعات العربية ، لم يضعوا تعـــريفا مقتـــرنا بحمايـــة قانونية لبرامج الحاسب الآلي على شكل مـــنظومة متكاملة ، تتضمن مفهوما لتلك الحماية ، سواء الأدبية أو المالية ، فهذه التشريعات في اغلبها تركت للوزارات حتى القيام بهذا التعريف .

ومن ثم بحثنا في اشهر الصور التي يتم بها التعاقد على البرامج ، وتبين لنا ان مجال تحديد الطبيعة القانونية لهذا العقود ، قد اشبع

بحثا ،واتفقنا انه إذا كان الهدف من التعاقد على البرامج هو تصميم وإنـــتاج البرامج لحساب مستخدم معين للقيام بوظائف محددة لديه ، فقـــد اتفـــق الفقـــه علـــى اعتبار هذا النوع من العقود من قبيل عقد المقاولة.

وإذا كان بعض الفقه يرى أن ليس هناك ما يمنع من التعامل على البـــرامج انطلاقا من أحكام عقد البيع ، إلا أن الواقع العملي ، قد بـــين لـــنا ومن خلال دراستنا هذه ان غاية ما يهدف إليه مبرمج أو منـــتج البـــرنامج ، هو تمكين المستخدم من استعمال البرنامج ، مع الإبقـــاء لنفسه على السلطات الاستئثارية ، التي تمكنه من استغلال البـــرنامج ، وبالتالي فان اغلب واشهر صور العقود في هذا المجال هي عقود الترخيص بالاستعمال ، وبالرغم من اختلاف بعض الفقه أيـــضا حول طبيعتها إلا أن الرأي الراجح فيه أنها من قبيل عقود إيجـــار الأموال المعنوية ، ويرجح هذا التوجه ما تبين لدينا من أن المـــستخدم لا يملك في مواجهة المنتج أو المبرمج ، إلا حقا شخصيا يتمثل في تمكينه من استعمال البرنامج دون منحه القدرة أو الإمكانية على التصرف أو الاستغلال .

وبحثـــنا فـــي هذه الصور العقد الأشهر في عقود الإعداد والذي يـــشكل راحة وسهولة عملية للمستخدم والمبرمج في نفس الوقت، انطلاقا من وحدة العقد وعدم قابلية الالتزامات فيه للتجزئة ، بحيث يبنـــي المصمم أو المبرمج للمستخدم نظاما معلوماتيا كاملا ، يشمل البـــرامج والأجهزة ، ويسمى عقد تسليم المفتاح ، وكيف أن الفقه قد اجمع أيضا على اعتباره عقدا من عقود المقاولة ، انطلاقا من تبعية

الأجهـــزة للبرامج التي تشكل المحل الأساسي للتعاقد بهدف القيام بوظائف معينة في مثل هذه العقود ، وباعتبار الأجهزة من ملحقاتها .

وانتهيـــنا بـــذلك إلـــى ان البرنامج يمكن ان يكون محلا للكثير من التـــصرفات القانونية ، رغم ان بحثنا قد اقتصر على مقاولة الإعداد للبـــرامج وبعض أحكام عقد البيع التي ارتأى الفقهاء وجوب تطبيقها على مقاولة الإعداد .

ومـــن ثم قمنا ببحث انعقاد عقد الإعداد على ضوء الأحكام العامة في النظرية العامة للعقد في الباب الأول من هذه الدراسة ، وتبين لنا أن عقـــود إعداد البرامج هي من العقود الرضائية ، وان الكتابة في هـــذا المجـــال هـــي ضـــرورة عملية ، أكثر منها شرائط قانونية ، تـــستوجبها طبـــيعة المحل وكثرة الوثائق المرفقة ، وهي معتادة في هـــذه العقـــود ومطلوبة لضرورات عملية أيضا منها سهولة إثبات الالتـــزامات المنطوية على تقنية عالية ومصطلحات فنية ، على أنها رغـــم ذلك لا تشكل شرطا من شروط انعقاد هذا العقد . ومن ثم فقد اتـــضح لنا من خلال دراسة التعبير عن الإرادة ان التعقيدات الفنية التي تميز محل العقد وتحيط بعملية التعاقد ، تجعل من الأطراف في وضـــع غيـــر متـــساو من حيث المعلومات والقدرة الفنية والعلمية للمـــستخدم فـــي مواجهة المبرمج ، وعليه فقد تبين لنا ان الغلط في مواصـــفات البرنامج هو من الأمور الشائعة في هذه العقود ، وتبين لـــنا علـــى اثر ذلك ضرورة استعانة المستخدم بمشورة فنية في هذا المجال ، وكيف ان القواعد التقليدية في الأحكام العامة قد تسعف في

بعـــض الأحيان المستخدم في محاولة لرد جزء من التوازن للعقد إلا أنهـــا غير كافية ، ولابد من إعمال قواعد قانونية أخرى إلى جانبها كقوانين حماية المستهلك ..الخ .

وعلـــى ضوء ذلك تبين لنا أيضا ان السكوت من قبل المبرمج أو المنـــتج فـــي مـــثل هذه العقود يكاد يعتبر تدليسا بشقيه (الايجابي كالكـــذب فـــي البيانات والمواصفات أو السلبي كالكتمان) حيث ان ضـــعف خبـــرة المستخدم الفنية وعدم التكافؤ فيها قد أشاع مثل هذه العـــيوب فـــي هذه العقود والتي تسمح للمستخدم انطلاقا من أهميتها بالنـــسبة لـــه بإبطـــال العقـــد ، وكان سببا في الاتجاه نحو ترسيخ الالتزامات قبل التعاقدية في مثل هذه العقود مثل ضرورة الاستعلام والتوصيف المستندي للبرامج وعقد المشورة الفنية ، وتقديم النصح والإعلام ..الخ .

وقد بحثنا في الفصل الثاني من الباب الأول البرنامج كمحل للعقد ، انطلاقـــا مـــن تطبيق شروط المحل علية ، وتبين لنا انه وان كان كـــيانا منطقيا غير مادي الا ان التعبير عنه يجب ان يكون بوساطة ماديـــة وهو بذلك تنطبق عليه شروط المحل ، فان كان البرنامج من المستحيل إعداده مثلا فان العقد يكون باطلا لاستحالة المحل ، على عكـــس فيما لو كانت هذه الاستحالة نسبية ، أي على شخص معين .مثلا . واتفقنا ان المحل في هذه العقود حتى يتم تواجده لابد أن يمر بعـــدة مـــراحل ، وشـــبهنا ذلك بقضية مقاولة بناء منزل (أفكار ، تصاميم. مواد ، بداية العمل ..الخ)

وفـــي قـــضية البـــرنامج كمحـــل لهذا العقد ميزنا بين نوعين من البـــرامج ، بـــرامج نمطية متاحة للجميع ، وبرامج ذي مواصفات معيـــنة يتم بناءها بناء على طلب مستخدم معين لتلبي وظائف معينة لديـــه ، وتبـــين لنا من خلال دراسة النوعين أنهما يصلحان ليكونا محـــلا متوافقا مع شروط المحل التقليدية في النظرية العامة للعقد ، وان البـــرنامج الذي يتم إعداده بناء على طلب يتم التعامل معه وفقا لأحكام المحل في عقد المقاولة ، أما البرامج النمطية فهي تباع على أساس بيع الحق بالاستعمال إن جاز لنا هذا التعبير .

ويتبقـــى فـــي هـــذا المجـــال بـــرامج التشغيل ، فقد توصلنا لنتيجة بخصوصها تتمحور

فـــي اخـــتلاف العلماء في تكيف التصرف القانوني المباشر عليها ، فقال البعض أنها من ملحقات الأجهزة المادية وبالتالي يسري عليها أحكام بيع الأجهزة . وقال البعض الآخر أنها لا تختلف عن البرامج النمطـــية أو البـــرامج التـــي يتم إعدادها بناء على طلب المستخدم. وبالتالـــي فعندما يتم شراء جهاز فان البرنامج الذي عليه (برنامج التـــشغيل) يعطي صاحبه الحق باستعماله هم فقط ولا يعطيه الحق باســـتغلاله أو بالتصرف فيه مستندين في ذلك إلى نصوص قوانين حمايـــة حقـــوق الملكـــية الفكرية التي لم تميز بين أنواع البرامج ، واعتبـــرتها كلها مؤلفات أدبية تخضع للحماية بموجب قوانين حقوق المؤلـــف . والتي بدورها لا تبيح التنازل عن ملكية البرنامج ونسبته لغير مؤلفه ، وفقط هي تسمح بالاستعمال أو بالاستغلال المادي له .

ثم ناقشنا الثمن كمحل مقابل للبرنامج في هذا العقد وتبين لنا أن هذا المقابـــل للبرنامج تنطبق عليه شروط الأجر في عقد المقاولة إن كنا أمـــام عقد إعداد ، وتنطبق عليه أحكام بدل الايجار ان كنا أمام عقد يـــتم به إيجار البرنامج لمدة معينة ، وحتى شروط وأحكام الثمن في المبـــيع إن كنا أمام بيع حق الاستغلال ...الخ . من أسس تعيين هذا المقابل .

ثـــم قمـــنا بالفصل الثالث بدراسة بعض العقود النموذجية لاعداد البرامج (سواء تلك العقود النمطية الموجودة بالأسواق لبرامج معدة ســـلفا ، أو اهـــم الشروط والاحكام التي تتضمنها مقاولات الإعداد عادة) ، وذلك في محاولة لتفسير عقد الإعداد ، فبحثنا في وثائق هذه العقـــود ولاحقهـــا التي عادة ما تكون أجزاء مهمة من العقد وتشمل المواصفات الفنية واليات التنفيذ ، وبحثنا في الشكل ، وفي الشروط الـــشائعة للعقود النمطية ، وفي كيفية انطباق عقد الإذعان بمفهومه الواســـع علـــى هذه العقود ، الذي يكتفي بكون العقد قد تم تجهيزه مسبقا من قبل الطرف القوي (الموجب مثلا) ولا يقبل أي مناقشة فـــيه للشروط الواردة فيه ، ففي هذه العقود تبدو قوة الموجب عبر قيامه بأعمال متكررة ومتشابهة توافرت لديه الخبرة فيها والتي تمنه مـــن إعـــداد العقـــد استقلالا عن الطرف الاخر ، فيما يبدو ضعف المستخدم في عدم قدرته التقنية أو العملية على مناقشة المبرمج .

وكـــيف أن هذه الأسباب قد دفعت المشرعين في الدول المتقدمة إلـــى مـــواجهة الـــشروط التعسفية في العقود التي يتضح فيها عدم تـــساوي المتعاقدين من حيث القدرة أو الخبرة، وهو في نفس الوقت

مـــا دفعنا لمطالبة المشرع المصري والأردني والفلسطيني مستقبلا، بالأخذ بعين الاعتبار هذه المعطيات وتضمين القوانين الخاصة بهذه العقـــود ومـــا شـــابهها الكثيـــر من النصوص التي تسمح بمواجهة الـــشروط التعـــسفية ، التـــي يضعها مقتدر في مواجهة ضعيف أو محترف في مواجهة غير محترف .

وكذلك تبين لنا انه حتى قوانين حماية المستهلك تكاد لا تسعف في بعـــض الأحيان الإنصاف من الشروط المجحفة هذه وخصوصا إذا ماتم إعمال المفهوم الضيق لمن هو المستهلك بموجب نص القانون ، والـــذي يأخـــذ باشـــتراط ان تكون السلعة للاستخدام الشخصي أو العائلـــي فقـــط ، وهذا ما أثبتنا من خلال هذه الدراسة انه لا ينطبق علـــى عقـــود الإعـــداد في رأي الكثير من الفقه لان الشخص الذي يطلب إعداد برنامج لتلبية أغراض عمله (سواء مصنع أو منشاة) هو أيضا مستهلك ضعيف في الخبرة والقدرة في مواجهة المحترف ، فمـــا بالـــنا في فلسطين التي لا يوجد بها لغاية الآن قانون لحماية المستهلك .

وبـــان لنا أن في القواعد العامة ما يحمي الطرف الضعيف فيما لو تعسف القضاء في تطبيق المفهوم الضيق على تعريف المستهلك ولم يأخـــذ بالمفهـــوم الواســـع ، ففي عقد أحكام عقد الإذعان أو نظرية التعـــسف فـــي استعمال الحق . أو حتى في استغلال بعض عيوب الإرادة ما ينصف هذا الطرف الضعيف. مع تأكيدنا والذي اتضح لنا مـــن خلال معطيات هذه الدراسة انه آن الأوان لوضع نظام قانوني كامـــل يحكـــم التـــصرفات التي تقع على برامج الحاسب وكيف تتم

حمايـــتها وحمايـــة المـــتعاقد عليها في نفس الوقت وذلك لأهميتها القصوى في حياتنا اليومية والتي لا يكاد يخلو بيتا ولا تخلو مؤسسة من وجودها فقد أصبح كل شيء في حياتنا محوسبا .

ومن ثم وفي إطار تفسير عقد الإعداد أيضا بحثنا في العقود فورية التنفـــيذ والعقـــود الزمنية وبينا كيفيا استئجار نظام معلوماتي كامل وشـــروطه وأحكامه والفرق بينه وبين شراء الحق باستعمال برنامج مـــن علـــى رفـــوف احـــد المحلات،وكيف أن المشتري يملك فقط الاسطوانة التي تضمنت البرنامج . وناقشنا في هذا المجال القوانين واجبة التطبيق من حيث الزمان والمكان وموقف القوانين النموذجية والاتفاقـــيات الدولـــية في هذا الشأن . وخصوصا عندما يكون العقد دولـــيا ، وكـــيف يحمـــي المـــشرع الوطني (في أحكام عقود نقل التكنولوجـــيا في قانون التجارة المصري الجديد مثلا) المواطن من شـــروط الشركات الكبرى ، وخصوصا في إلزامها له بالتحكيم عبر اشـــتراط إجـــراءات معينة والتبعية لتعليمات غرف تحكيم محددة . وأكثـــر مـــن ذلـــك لإبطال التشريعات الوطنية للكثير من الشروط المجحفـــة في هذا المجال ، وطالبنا بالإقتداء بالتوجيهات الأوروبية والتـــي تـــضمنتها القوانين الفرنسية والإنجليزية بخصوص شروط القوانـــين واجبة التطبيق على هذه العقود سواء من حيث المكان أو من حيث الزمان .

ومـــن ثم انتقلنا في الباب الثاني من هذه الدراسة لبحث آثار عقود إعـــداد البـــرامج وانتهائها ، ورغم أن نقل الملكية يشكل التزاما من

التزامات الأطراف ويجب بحثه معها إلا أننا خصصنا له فصلا أوليا في هذا الباب لوحده وذلك بسبب ان نقل الملكية في عقود الإعداد ذي طبيعة خاصة ، وان هذه الملكية لا تنتقل إلى احد وتبقى لصيقة بشخص مؤلفها ومبدعها .

ولتبيان ذلك على أوضح صورة بحثنا في مبحث أول نقل ملكية الأشياء المادية سواء المعينة بالنوع أو المعينة بالذات ، ومدى انطباق أحكامها على الأجهزة المعلوماتية ، وناقشنا فيه موقف القانون المدني من الأموال وتقسيماتها ، وحالات التعامل مع الأجهزة سواء عبر التوصية مباشرة بإنشائها أو عبر شرائها مع نظام معلوماتي متكامل ، أو بشرائها منفردة ومن ثم الاتفاق مع مبرمج على وضع برامج تتفق معها .

ومن ثم بحثنا في حقوق الملكية الفكرية ومدى اعتبار البرنامج مصنفا أدبيا في ضوء توجه التشريعات الحديثة والاتفاقيات الدولية لحماية برامج الحاسب الآلي عبر تشريعات حماية حقوق المؤلف . فتطرقنا لمن هو المؤلف للبرنامج في ضوء هذه القوانين ثم تناولنا بحث الأشخاص القائمين بإعداد البرامج سواء كان المؤلف في شكل منفرد أو في شكل جماعي ، أو في شكل مصنف مشترك .

وبعد ذلك بحثنا في حقوق المؤلف على مصنفه أي حقوق المبرمج أو المنتج لهذا البرنامج عليه ، انطلاقا مما تمنحه إياه تشريعات الملكية الفكرية ، فناقشنا كيف ان البداية كانت عند حقوق براءات الاختراع،في التعامل مع البرامج ، وكيف ان التطور السريع فيها والنقلات النوعية التي حدثت لها و وطول مدة وصعوبة الحصول

علـــى البـــراءة ، قد حذت بالفقه للمطالبة بإخراج البرامج من هذه الدائرة لصعوبة انطباق أحكامها على البرامج الالكترونية خصوصا فمـــا كـــان من التشريعات المعنية الحديثة إلا أن أخرجت المؤلفات التـــي محورها معادلات رياضية من انطباق نظام براءات الاختراع علـــيها ، وتوصـــلنا لنتيجة مفادها أولا أن المشرع قد أحسن صنعا باعتبار البرنامج مؤلفا أدبيا يخضع للحماية بموجب تشريعات حماية حقـــوق المؤلفين ، وثانيا انه لا ضير من انطباق أحكام البراءة على البرنامج أن كان البرنامج نفسه جزءا من جهاز حصل على البراءة ، كما سار عليه القضاء والعمل في الولايات المتحدة الأمريكية .

وعلـــى ضـــوء التوصـــل لتلك النتيجة تناولنا حقوق المؤلف على بـــرنامج الحاسب الآلي ، فناقشنا الحقوق المالية للمؤلف ، كحقه في اســـتغلال برنامجه إلى أقصى الدرجات ، وحقه في منح الترخيص بالاســـتعمال ، والاســـتثناءات الـــواردة علـــيهما ، وكذلك حقه في المطالـــبة بـــتعديل الاتفاق في ظل حالات معينة كفلها له القانون ، وسائر التصرفات الأخرى كحقه في تأجير برنامجه ، واشتراط عدم نسخه أو تعديله ...

وبعد ذلك وفي الإطار نفسه بحثنا في الحق الأدبي لمؤلف البرنامج مـــن حـــيث حقه في الأبوة ونسبة البرنامج إليه وكيف ان هذا الحق ابدي لا يجوز التصرف فيه ولا تسري التصرفات القانونية الأخرى ، وعـــن حقـــه في سحب برنامجه من الأسواق وتعديله وتحويره ، وحقـــه في احترام برنامجه وعدم تقليده أو تعديله أو نسخه ... الخ مـــن الحقوق المتفرعة عن حقه في ملكية برنامجه ونسبته إليه طال

الـــزمان ام قصر . وفي نفس الإطار أيضا بحثنا في الشروط التي يضعها مؤلف البرنامج انطلاقا من هذه الحقوق ، ويضمنها في عقد الإعداد والتي تشكل محاولة منه لحماية برنامجه زيادة على الحماية المدنية بشقيها العقدية والتقصيرية التي توفرها هذه القوانين .

وبعـــد ان تحدثنا في ملكية البرامج وكيفية التعامل معها انتقلنا في الفصل الذي يليه وبالتفصيل إلى الالتزامات المتبادلة بين المتعاقدين فـــي عقـــد الإعـــداد ، والتي تتعلق بصفة خاصة في هذا النوع من العقود متأثرة بالطبيعة الخاصة لمحل هذا العقد أصلا ، أي بالتحديد بحثنا في الالتزامات المتبادلة التي تنبثق عن طبيعة هذا العقد فقط ، وذلك انطلاقا مما يتميز به التعامل على برامج الحاسب من الحاجة إلـــى الخبـــرات الفنـــية والتقنية ، والتي في اغلبها كانت مصادرها تـــوجهات قـــضائية ســـببها طبيعة محل العقد ، فبحثنا في التزامات المبـــرمج أو المـــتعهد انطلاقا من كونه الطرف الأقوى من ناحية الخبـــرة والقـــدرة وذلك عبر إلزامه بتقديم المعلومات الحقيقية عن بـــرنامجه وقدراتـــه، وفرض المواصفات التي قدمها عبر مراسلاته وعروضه علية كالتزامات لولاها لما تعاقد المستخدم.

ورأيـــنا كيف أن القضاء قد فرض على المبرمج أو المتعهد أيضا القيام بنصيحة المستخدم، لا بل والزمه بدراسة احتياجات المستخدم، وتقديم النصيحة على أساس هذه الدراسة، ومعونته بطريقة تسمح له بالتعبيـــر عـــن احتياجاته، ووضعه في صورة المشكلات والعقبات المـــتوقع حدوثها للبرنامج محل التعاقد وسلبياته، وبعد ذلك بحثنا في التـــزام المبرمج بان يكون برنامجه مطابقا لحيثيات طلب المستخدم،

وكـــيف ان هذه العقود وبمساعدة القضاء تعطي المستخدم الحق في الفحـــص والاختبار للبرنامج عبر تجارب وفحوص على عينات قبل صدور قبوله النهائي للبرنامج، فالعبرة ليست هنا بالمواصفات التي يتمـــتع بهـــا البرنامج ولكن العبرة في عقود الإعداد بقيام البرنامج بالوظائـــف المناطة به أصلا والتي من اجلها تم التعاقد على إعداده، حـــيث ان التعاقد كمن في حاجة المستخدم لاستخدام البرنامج لحقيق أغراض محددة.

وقـــد ركـــزت هـــذه الدراسة أيضا على تقييم مدى إمكانية التمسك بالعيب الخفي في عقود الإعداد علما بأنه ينبع أساسا من عقد البيع، وارتأيـــنا أن لا مانـــع قانونـــي من إعمال أحكامه على عقد مقاولة الإعـــداد، مع استنتاجنا بصعوبة تطبيق شروط تحققه على البرنامج انطلاقـــا من الطبيعة التقنية والفنية الخاصة للبرنامج (تكلفة عالية للكـــشف عـــنه، سبب العيب وتاريخ نشوئه) كلها أمور بحاجة إلى امهر الخبراء لذلك اقترحنا التمسك بشرائط تعاقدية كفترات التجربة وعقـــود الـــصيانة المـــرافقة واختـــبارات القبول، وإلزام المبرمج بالـــضمان لفترات معينة لكونها أسهل تطبيقا في هذا المجال وأسرع معالجة، ولكونها خير نصير للمستخدم في مواجهة خبرة المبرمج.

وعلـــى الجانـــب الاخـــر من الالتزامات وهي التي تقع على عاتق المـــستخدم، فقد ركزتا في هذه الدراسة على أهم التزامات المستخدم فـــي عقود الإعداد، وهي التزامه بالتعاون والإفصاح بمنتهى حسن النية والتي تبين لنا من خلال دراسة هذا الالتزام أن على المستخدم اتخـــاذ مـــا يلـــزم مـــن مساعدة وإجراءات لتحديد احتياجاته بدقة،

والـــتعاون مع المبرمج بإعطائه كافة المعلومات التي يحتاجها والتي يـــسال عـــنها أو تلـــك التي لم يسال عنها بمنتهى الصدق والأمانة وخـــصوصا بالنـــسبة لـــتحديد الأغراض من البرنامج، تحت طائلة المـــسؤولية، والتي تتعاظم في حقه فيما لو استعان بخبراء ومشورة فنية

وكذلك بصدد التزامات المستخدم بحثنا في موضوع التزامه بتسلم البرنامج،وميزنا بين التسلم الذي يقع على عقد الترخيص بالاستعمال مثلا وبين التسلم في عقود مقاولة الإعداد والتي يكون التسلم بها باتا بعد قيام المستخدم بقبول البرنامج مبينين كيف يتم القبول في العقود الدولية بحيث يقترن باختبارات على عينات ومدد زمنية وتجارب ، وكـــيف أن هناك من الأخطاء والعيوب التي جرى العرف في مجال البـــرمجيات علـــى التسامح فيها انطلاقا من التعقيدات الفنية والتقنية لطبيعة المحل .

وبخصوص الالتزام التقليدي بدفع المقابل (ثمن أو اجر) بحثنا في كيفـــية الدفع في عقود الإعداد تاركين شروط الثمن للقواعد العامة ولما قلناه في الباب الأول من هذه الدراسة.

وعلـــى اثـــر بحث هذه الالتزامات والنتائج التي توصلت إليها هذه الدراسة انتقلنا

للبحث في المسؤولية عن الإخلال بهذه الالتزامات، سواء من الناحية القانونـــية ، أي موقـــف القانون والإمكانيات التي يمنحها للأطراف انطلاقا من النظرية العامة للالتزامات وتطبيقها على عقود الإعداد، أو من ناحية اتفاق الأطراف عينهم على تعويضات معينة فيما لو تم

الإخلال بالالتزامات المتبادلة ، فبحثنا في التعويض الاتفاقي ، الذي عـــادة مـــا تقتـــرن به هذه العقود ، وفي الشروط الجزائية التي يتم وضعها وسلطة القضاء في التعامل معها ، والوضع القانوني لشرط الإعفـــاء من المسؤولية في ضوء قوانين حماية المستهلك والقانون الـــتجاري الجديـــد الـــذي أبطـــل مـــثل هذا الشرط وكذلك في ظل التـــشريعات المدنـــية التي تبيح إلى حد معين ذلك ، وكان رأينا أن شرط الإعفاء من المسؤولية فيما لو اشترطه الطرف الأقوى بالخبرة والمعـــرفة (المبـــرمج) يقع باطلا في اغلب الحالات إذا كان أمام مستهلك وكذلك إن كان عقدا دوليا والمبرمج أجنبيا والمتعاقد وطنيا .

وتحدثـــنا فـــي الفصل الثالث والأخير من هذه الدراسة عن انتهاء عقود الإعداد ، فبحثنا في الأسباب العادية للانتهاء كالتنفيذ ، وطرقه في هذه العقود ، سواء كانت من العقود زمنية ام من العقود الفورية ، وكيفـــية أجبار المدين على التنفيذ ، منطلقين من القواعد والأحكام العامـــة فـــي القانـــون ، محاولين تطبيقها على عقود إعداد برامج الحاســـب ، وذلـــك وللأسف لكون المشرع المصري لم يعالج كما ذكرنا سابقا عقود إعداد البرامج في ظل نظام قانوني خاصا بها .

وبنفس النهج بحثنا في الوسائل غير العادية للانتهاء في هذه العقود ، فقـــد درسنا الفسخ بالنسبة لعقد الإعداد وتبين لنا اختلاف مفهومه فـــي هذه العقود بين العقد الزمني من جهة والعقد الفوري ، والعقد المـــؤجل التنفـــيذ مـــن جهة أخرى ، وذلك من حيث الأثر الرجعي للفـــسخ علـــى كل منهما ، بحيث أن فسخ العقد الفوري ينتهي أثره

بالنسبة للمستقبل والماضي وكذلك العقد مؤجل النفاذ ، أي يسري بأثر رجعي ، على عكس عقود الإعداد الزمنية ، والتي مناطها المدة فان تم الفسخ ، فلا يكون له اثر الا على المستقبل أي منذ لحظة إقراره .

وهذا ما دفعنا لتمييز فسخ عقود الإعداد الزمنية (العقود مستمرة التنفيذ) عن

غيرها ، مقترحين استعمال مصطلح الانحلال بالنسبة للعقد المستمر التنفيذ إذا ما اخل احد الأطراف بالتزام جوهري من التزاماته ، فقام الطرف الاخر باستعمال حقه بطلب فسخ العقد بسبب ذلك ، وكان قد مضى على البدء بتنفيذه زمنا ، فالزمن هذا هو وحدة قياس بالنسبة للالتزامات والحقوق المتقابلة ، لذلك قلنا ان تقرير الفسخ سوف يسري على المستقبل والحاضر فقط ، أما الماضي أو الوقت الذي استغرقه العقد نافذا ، والمقابل الذي تم دفعه(للانتفاع بالبرنامج مثلا) فكيف سيسري عليه فسخ ، وهو فقط يسري عليه انحلالا للعقد بالنسبة للمستقبل أي منذ لحظة تقريره ، والمقابل الذي تم دفعه عن تلك المدة يأخذ صفة الأجر (بدل الايجار مثلا) وليس التعويض عن الفسخ الذي لا يمكن معه إعادة الحال إلى ما كانت عليه .

وقد توصلنا من خلال هذه الدراسة إلى بعض التوصيات نجملها فيما يلي :

أولا : ضرورة قيام المشرع سواء في مصر أم في الأردن أم في فلسطين مستقبلا بوضع وتخصيص نصوص معينة في قانون حق

المؤلف تبين ماهو المقصود ببرامج الحاسب الآلي ليتم القياس عليه كيفـية بها وكيفية حمايتها ، ومدى حق الاستغلال لها وليس كما هـو الحـال عليه الآن باعتبارها مؤلفا أدبيا يسري عليها ما يسري على النصوص الأدبية والروايات..الخ ، فهي ذات خصوصية معينه سـواء من حيث الكيان أو الطبيعة وهناك اختلاف كبير بينها وبين المؤلف التقليدي كالكتاب أو المسلسل .

ثانـيا : نوصي ونقترح على المشرع في هذه البلدان ان يعالج عقد إعداد البرامج وحتى عقد منح حق الاستعمال وإيجار البرامج ، في قوانـين وأنظمـة خاصة بالبرامج تحديدا ، فما المانع من ان يصبح عقـد الإعداد مثلا عقد من العقود المسماة ، وخصوصا بالنظر إلى درجـة الأهمية التي وصل لها في أيامنا هذه ، فأي بيت وأي شركة وأي مؤسسة خاصة كانت ام حكومية تخلو من جهاز حاسب يحتاج إلـى برامج لتشغيله ، فلذلك نوصي ونقترح على المشرع معالجة وتبـيان أحكام هذه العقود وعدم تركها للقواعد العامة واستقاء الحكم في أي جزئية منه من اقرب العقود إليه أو من اجتهادات الفقهاء .

ثالـثا : عدم استخدام الغلط الشائع بتسمية هذا العقد بعقد بيع حقوق معنوية ، كما يتم تسميته من قبل البعض وذلك لان الحقوق المعنوية لا يمكـن بـيعها ، أو نقـل ملكيـتها لأنها لصيقة بشخص مؤلفها ومبتكـرها ، وات التصرفات التي تتم عليها هي في اغلبها تصنف علـى أنهـا تنازل عن حق الاستعمال أو الاستغلال المادي ، وليس الحـق الأدبـي ، لابـل إن اغلب صور هذه العقود هي الترخيص بالاستعمال بعد قيام المبتكر بالإعداد .

رابعـــا : محاولـــة الحـــد قدر الامكان من التعامل واستخدام العقود النمطية أو النموذجية ، فهي تحتوي على الكثير من العيوب والأكثر مـــن الشروط التي يبطلها القانون و وهي وان كانت ضرورة عملية فـــي بعض البرامج البسيطة والمتوفرة بالأسواق حكرا على شركات معينة ، إلا أننا نقصد بشكل أكثر تحديدا الابتعاد عن العقود النمطية فـــي البرامج الكبيرة والتي يتم إعدادها بناء على طلب المستخدم ، ومـــن ذلـــك أيضا إننا نحبذ ونوصي المستخدم دائما بالاستعانة بعقد المشورة الفنية ، قبل تعاقده على البرامج (استعانة بخبير في مجال البـــرمجة) لكـــي يـــتدارك معه وقوعه في أي مشاكل أو أغلاط و ويـــساعده بالتعبير عن احتياجاته بخير الطرق ، وكذلك يساعده في تفحص شروط المبرمج وعقوده وملاحقها .

خامسا: نقترح على المشرع وعلى القضاء في مجال إعداد البرامج ، باعتـــبار النـــصيحة التي يتوجب على المنتج أو المبرمج تقديمها للمـــستخدم ، التزاما أساسيا يقع على عاتقه ، سواء تم إبرام العقد أم لـــم يـــتم ، وتحديدا في مرحلة المفاوضات العقدية ، التي يكون بها المستخدم أحوج ما يكون للنصح والإرشاد و من حيث نوع وصفات البـــرنامج الذي يلبي احتياجاته وعيوب هذا النظام في نفس الوقت ، فـــلا يجب التعامل معها على أنها من باب حسن النوايا أو المساعدة أو أي شـــيء آخـــر بل نقترح أن يتم التعاطي معها على أنها التزام أساسي وجوهري يقع على عاتق المبرمج .

سادســـا : بالنـــسبة للبرنامج الذي يعد خصيصا لمستخدم بناء على طلبه ، فنرى ان يتم منحة الحق بالاستغلال مباشرة ودون شراء هذا

الحـــق أو طلب الموافقة على ذلك من قبل المؤلف ، طالما لم يوجد اتفـــاق بـــين المبـــرمج والمستخدم بعكس ذلك ، وهذا في رأينا لا يتـــناقض مع القواعد العامة ، حيث أن البرنامج اعد خصيصا لهذا المستخدم ، وقام هذا المستخدم بدفع الأجر كاملا عن إعداده ، ومن ثم فلماذا لا يكون له الحق باستغلاله ماليا ، ولماذا لا يقوم المشرع بالنص على ذلك صراحة وترك عكس ذلك لاتفاق الطرفين ، وليس كما هو عليه الحال الآن .

ســـابعا : نوصـــي بقـــيام المـــشرع الفلسطيني بالإقتداء بالمشرع المـــصري بخصوص نصه بالمادة الثالثة من قانون حماية المستهلك المـــصري رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦ على ان تكون اللغة التي يخاطب بهـــا المـــستهلك هي لغته الأصلية ، أي اللغة العربية ، فنحن أمام مـــصطلحات تكنولوجية متطورة وأمام تقنية عالية ، بالكاد يستطيع الشخص العادي فهمها إن تم تعريبها ، فكيف والحال أن هذه العقود فـــي مجملهـــا تكون بالإنجليزية أو الفرنسية ، لذلك نطالب المشرع الفلـــسطيني عند تشريعه لقانون حماية المستهلك الفلسطيني أو عند تـــشريعة لمـــشروع قانـــون التجارة أن يلزم الموردين والمنتجيين والوكلاء لشركات البرمجة بتعريب بياناتهم حماية للمواطن وتنويرا له ، حتى يستطيع أن يفهم بشكل مقبول ما يتعاقد عليه .

ثامـــنا : نرى ضرورة أن تهتم تشريعاتنا الداخلية بالتطور الحاصل فـــي مجل انتقال البرامج الالكترونية والمعالجة آليا عبر الحدود أي فـــي مجالات افتراضية وعبر شبكة المعلومات الدولية ، لذلك نرى أن تـــتم معالجـــة قـــضية التعاقدات على إعداد البرامج وتسلمها

واختـــبارات قـــبولها ودفـــع المقابـــل لها ، عبر الانترنت ، وتبيان أحكامهـــا ، وهـــذا ممـــا يقـــودنا للقول انه آن الأوان لتعديل بعض نـــصوص القانـــون المدنـــي ، واستحداث أخرى تعالج قضية العقد الالكتروني ، وذلك حتى يتم البناء عليها في هذا المجال .

والله ولي التوفيق

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولا: باللغة العربية

١- المراجع القانونية العامة :

د. أبو العلا علي النمر

دراسة تحليلية لمبادىء معهد روما المتعلقة بعقود التجارة الدولية . دار النهضة العربية القاهرة ٢٠٠٠.

دور المستشار القانوني في عقود التجارة الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ٢٠٠١ .

د. احمد شرف الدين

أصول الصياغة القانونية للعقود ، القاهرة ١٩٩٨ .

نظرية الالتزام،ج١، مصادر الالتزام ،الكتاب الأول ،المصادر الإرادية ، القاهرة ٢٠٠٣ .

د. احمد عبد الكريم سلامة

علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع،أصولا ومنهجا ، مكتبة الجلاء المنصورة ٢٠٠٥ .

قانون العقد الدولي ، ط١ ، دار النهضة العربية القاهرة ٢٠٠١ .

د. احمد عبد العال أبو قرين

المسئولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري مضمونها وصورها وحدودها مع الضمان القانوني ،القاهرة ٢٠٠١ .

د. إسماعيل غانم

الوجيز في عقد البيع، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة ١٩٩٣.

محاضرات في النظرية العامة للحق، ط٣ القاهرة ١٩٦٦ من دون ناشر.

د. أنور سلطان

أحكـــام الالتزام، دراسة مقارنة بين القانونين المصري واللبناني،دار النهضة العربية القاهرة ١٩٧٤.

مـــصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، منشورا المكتب القانوني، نقابة المحامين الأردنيين، عمان ١٩٩٨.

المستشار. انور طلبة

مجمـــوعة المـــبادىء القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية ،منشاة المعارف .١٩٩٦.

د. حسام الدين الاهواني

النظرية العامة للالتزام،ج١،ط١، دار النهضة العربية القاهرة ،٢٠٠٠

د. حسن عبد الباسط جميعي

اثـــر عـــدم التكافـــىء بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية القاهرة، ٢٠٠١.

شـــروط التخفـــيف والإعفـــاء من ضمان العيوب الخفية،دار النهضة العربية القاهرة ،١٩٩٣.

د. حمدي عبد الرحمن

الوســـيط فـــي النظـــرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول ط١، دار النهضة العربية القاهرة ١٩٩٩

د. خالد مصطفى فهمي

المـــسئولية المدنـــية للـــصحفي عـــن أعماله الصحفية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ،٢٠٠٤ .

د. رشوان حسن رشوان

اتـــر الظـــروف الاقتـــصادية على القوة الملزمة للعقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤.

د. رمضان أبو السعود

عقد الايجار في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية، بيروت ١٩٩٣.

د. سليمان مرقص

الوافـــي في شرح القانون المدني -٢-في الالتزامات، المجلد الأول ، نظرية العقد ، الطبعة الرابعة ، القاهرة ١٩٨٧ .

الوافـــي فـــي شرح القانون المدني، العقود المسماة، المجلد الأول عقد البيع، الطبعة الرابعة، عالم الكتب، القاهرة ١٩٨٠.

د. سميحة القليوبي

الملكية الصناعية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٦.

د. صلاح الدين الناهي

أحكـــام الالتزام ، دراسة تحليلية موازنة ، منشورات نقابة المحامين ، عمان ١٩٨٥ .

د. صلاح زين الدين الأسمر

الملكية الصناعية والتجارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع و عمان ،٢٠٠٠.

د. طرح البحور علي حسن فرج

تدويل العقد، منشاة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠.

د. عبد الرزاق السنهوري

مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الثالث، دار النهضة العربية، ١٩٨١

مـــصادر الحـــق في الفقه الإسلامي، الجزء الرابع معهد البحوث والدراسات العربية ١٩٧٧

الوســـيط فـــي شرح القانون المدني، نظرية الالتزام.المجلد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت ١٩٩٨.

الوسيط في شرح القانون المدني، ج٢، آثار الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، ١٩٩٨.

الوسيط في شرح القانون المدني ،ج٧.العقود الواردة على العمل، المجلد الأول. منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ١٩٩٨.

د . عبد الحكيم فوده

تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن ، منشاة المعارف ، الإسكندرية ١٩٩٣ .

د. عبد الفتاح مراد

شرح العقود التجارية والمدنية ، الطبعة الأولى . بدون ناشر، القاهرة ٢٠٠٠.

شرح النصوص العربية لاتفاقيات الجات، منظمة التجارة الدولية، بدون ناشر، القاهرة ١٩٩٧.

د. عبد المنعم فرج الصده

أصول القانون، منشاة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٤.

مصادر الالتزام. دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٢.

نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة، بيروت ١٩٧٩

د. عدنان السرحان و د . نوري خاطر

شرح القانون المدني ، مصادر الحقوق الشخصية ،الالتزامات ،دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ٢٠٠٠.

د. عز الدين عبد الله

القانون الدولي الخاص ، الطبعة التاسعة ،الهيئة العربية للكتاب ، القاهرة ١٩٨٦ .

علي حيدر

شرح مجلة الأحكام العدلية، مكتبة النهضة ،بيروت ١٩٨٠ .

المستشار. فتيحه قرة

أحكام عقد المقاولة ، منشاة المعارف الإسكندرية ،١٩٩٢ .

د. محسن شفيق

اتفاقـية الأمـم المـتحدة بشان البيع الدولي للبضائع ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٨٨ .

د. محمد حسني عباس

العقد والإرادة المنفردة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ٢٠٠١ .

د. محمد حسام الدين لطفي

حقـوق المؤلـف فـي ضوء أراء الفقه وأحكام القضاء، بدون ناشر، القاهرة ٢٠٠٠.

د . محمد حسين منصور

النظـرية العامـة للالتزام ، مصادر الالتزام ، منشاة المعارف ، الإسكندرية ٢٠٠٢ .

د. محمد شكري سرور

شرح أحكام عقد البيع ، من دون ناشر، القاهرة ١٩٩٧ .

د. محمد لبيب شنب

شرح أحكام عقد البيع، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٦٢ .

شرح أحكام عقد المقاولة، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٦٢.

د. مصطفى محمد الجمال

عقد البيع، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية ١٩٩٨.

د. منذر الفضل

النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان ١٩٩٨.

د. نبيلة رسلان

عقد المقاولة، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٩٧ .

د. نزيه الصادق المهدي

الالتـــزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٠.

النظـــرية العامـــة للالتزام ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ٢٠٠١ .

د. نواف كنعان

حق المؤلف، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ١٩٩٨ .

د. هشام علي صادق

القانـــون الـــواجب التطبـــيق علـــى عقود التجارة الدولية، منشاة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٥.

د. ياسر الصيرفي

الأثـــر الرجعـــي للفـــسخ في العقود المستمرة، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٨.

نقـــد التمييز بين العقد الفوري والعقد المستمر، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٩.

٢- المراجع القانونية المتخصصة:

إبراهيم المنجي

عقد نقل التكنولوجيا، منشاة المعارف الإسكندرية، ٢٠٠٢ .

د. احمد شرف الدين

عقود التجارة الالكترونية،تكوين العقد وإثباته ، دروس لطلبة الدكتوراه ،كلية الحقوق، جامعة عين شمس ، القاهرة ٢٠٠١ .

قـــواعد تكوين العقود الالكترونية، دراسة في القوانين النموذجية والاتفاقيات الدولية والقوانين المحلية ، القاهرة ٢٠٠٨ .

د. احمد عبد التواب بهجت

تطبيقات أحكام القانون المدني بشان بعض مجالات المهن التقنية والهندسية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ٢٠٠٢ .

د. احمد عبد العال أبو قرين

ضـــمان العيوب الخفية وجدواه في المنتجات الصناعية، دراسة تطبيقية على بـــيوع الحاســـب الآلي،المواد الخطرة،منتجات الصيادلة والمنتجات الطبية ، القاهرة ١٩٩٦ .

د. احمد محمد سعد

نحـــو إرســـاء نظـــام قانوني لعقد المشورة المعلوماتي، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٥.

د. أسامة أبو الحسن مجاهد

خصوصية التعاقد عبر الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٥.

د. أسامة احمد بدر

بعض مشكلات تداول المصنفات عبر الانترنت،في ضوء قانون حماية الملكية الفكرية المصري ، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٣.

د. السيد محمد عمران

الطبـــيعة القانونـــية لعقود المعلومات،(الحاسب الآلي ،البرامج ، الخدمات) مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية ١٩٩٣.

الالتـــزام بالإخـــبار، دراســـة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ١٩٩٩.

د. ايمن عبد الحفيظ

اســـتراتيجية مكافحـــة جرائم استخدام الحاسب الآلي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ٢٠٠٤ .

د. ايمن العشماوي

المسئولية المدنية عن المعلومات ، دار النهضة العربية ، القاهرة ٢٠٠٤ .

د. برنالد ،أ،جالر

الملكـــية الفكـــرية وبرامج الحاسبات، الطبعة الأولى، ترجمة،د، محمد حسام لطفي ،الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة ، القاهرة ١٩٩٨ .

د. ثروت عبد الحميد

التوثيق الالكتروني، مكتبة الجلاء، المنصورة ٢٠٠٢.

د. جمال عبد الرحمن علي

الخطـــأ في مجال المعلوماتية، الطبعة الثانية، مطبعة كلية علوم بني سويف ، ٢٠٠٣ .

د. حسام محمد عيسى

نقـــل التكنولوجـــيا، دراسة في الآليات القانونية للتبعية الدولية، دار المستقبل العربي ١٩٨٨.

د. حسن عبد الباسط جميعي

عقـــود برامج الحاسب الآلي (دراسة مقارنة) دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٨ .

مـــسئولية المنـــتج عن الأضرار التي تسببها المنتجات المعيبة، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٠.

د. خالد مصطفى فهمي

الحمايـــة القانونية لبرامج الحاسب الآلي ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ٢٠٠٥.

د. خالد ممدوح إبراهيم

إبـــرام العقد الالكتروني، (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٦.

د. سعيد سعد عبد السلام

الالتزام بالإفصاح في العقود ،دار النهضة العربية ،القاهرة ٢٠٠٠

د. سهير منتصر

الالتزام بالتبصر، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٩.

د. شحاتة غريب شلقامي

برامج الحاسب الآلي والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.

الحق الأدبي لمؤلف برامج الحاسب الآلي، دار النهضة العربية و القاهرة ٢٠٠٤.

د. عادل أبو هشيمة

عقود خدمات المعلومات في القانون الدولي الخاص، درا النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٥.

د. صابر عبد العزيز سلامة

العقد الالكتروني، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٧.

د. عباس العبودي

التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ١٩٩٧.

د. فاروق الاباصيري

عقد الاشتراك في قواعد المعلومات، دراسة تطبيقية لعقود التجارة الالكترونية ، دار الجامعة الجديدة للنشر. الإسكندرية ٢٠٠٢.

د. فاروق علي الحفناوي

موسوعة قانون الكمبيوتر ونظم المعلومات،(الكتاب الأول قانون البرمجيات ،والكتاب الثاني عقود الكمبيوتر) دار الكتاب الحديث، القاهرة ٢٠٠٣.

د. محمد السيد عبد المعطي خيال

المسئولية عن نقل المنتجات المعيبة ومخاطر التقدم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٩٩

د. محمد حسام الدين لطفي

اســتخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها، القاهرة ١٩٩٣.

تأثيــر اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (تريبس) على تشريعات الدول العربية، القاهرة ٢٠٠٠ .

الحماية القانونية لبرامج الحاسب الآلي، دار الثقافة للطباعة والنشر ، القاهرة ١٩٨٧ .

عقــود خــدمات المعلومات، دراسة في القانون المصري والفرنسي، القاهرة ١٩٩٤.

المــسئولية المدنــية فــي مــرحلة الــتفاوض، دراسة في القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة ،١٩٩٩.

المــرجع العلمــي في الملكية الأدبية والفكرية ، في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء ، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية ، القاهرة ١٩٩٩ .

د. محمد حسن قاسم

التعاقد عن بعد ، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوروبي ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ٢٠٠٥ .

د. محمد حسين منصور

المسئولية الالكترونية، منشاة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٦.

د. محمد سعيد خليفة

مشكلات البيع عبر الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٤.

د. محمد شكري سرور

مسئولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته الخطرة، دار الفكر العربي ، القاهرة ١٩٨٣

د. نوري حمد خاطر

عقود المعلوماتية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ٢٠٠١.

د. يوسف عبد الهادي الاكيابي

الـــنظام القانونـــي لعقود نقل التكنولوجيا في القانون الدولي الخاص ، منشاة المعارف ، الإسكندرية ١٩٩٩ .

٣- الرسائل العلمية :

د. انس السيد عطية سليمان

ضمانات نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية من الوجهة القانونية – رسالة دكتوراة– حقوق عين شمس ، ١٩٩٦ .

د. تغريد ابو المكارم

الالتـــزام بالإعلام في عقود التكنولوجيا ، رسالة دكتوراه ، حقوق عين شمس ١٩٩٧ .

د. ثروت فتحي إسماعيل

المسئولية المهنية للبائع المهني،الصانع ، الموزع ، رسالة دكتوراه حقوق عين شمس ١٩٨٧.

د. جلال احمد خليل عوض

النظام القانوني لحماية الاختراعات ونقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، رسالة دكتوراه ، حقوق القاهرة ١٩٧٩ .

د. جمال عبد الرحمن محمد علي

المسئولية المدنية لمنتجي وبائعي مستحضرات الصيدلة، رسالة دكتوراه،حقوق القاهرة١٩٩٣.

القاضي. حازم صمادي

المـــسئولية فـــي العملـــيات المـــصرفية، رســـالة ماجستير . معهد البحوث والدراسات العربية . القاهرة، ٢٠٠٢.

د. خالد جمال احمد حسين

الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، رسالة دكتوراه، حقوق أسيوط، ١٩٩٦ .

د. خالد حمدي عبد الرحمن

الحمايـــة القانونـــية للكـــيانات المنطقية، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس. ١٩٩٢.

د. صالح ناصر العتيبي

دور الـــشروط الجوهرية والثانوية في العلاقة العقدية، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠٠١.

د. صلاح الدين جمال الدين عبد الرحمن

عقـــود نقل التكنولوجيا – دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي – رسالة دكتوراه- حقوق عين شمس ١٩٩٣.

د. عبد الرزاق حسين سي

المسئولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء ، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة ١٩٨٧.

د. عبد الرسول عبد الرضا

الالتـــزام بـــضمان العيوب الخفية في القانونين المصري والكويتي ، رسالة دكتوراه ، حقوق القاهرة ١٩٧٤ .

عمر المومني

التوقيع الالكتروني وقانون التجارة الالكترونية، رسالة ماجستير ، جامعة لندن ،٢٠٠٢ ،ترجمها مؤلفها ، دار وائل للنشر والتوزيع عمان ٢٠٠٣ .

د. عزة محمد خليل

مـــشكلات المـــسئولية المدنـــية فـــي مـــواجهة فيـــروس الحاســـب رسالة دكتوراه،حقوق القاهرة١٩٩٤.

د. محمد إسماعيل الغشيم

إجازة التصرفات، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري ، رسالة دكتوراه ، حقوق القاهرة ١٩٩٥ .

د. محمد حسن عبد الله علي

نحـــو نظام قانوني خاص بحماية برمجيات الحاسب، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠٠٧.

د. محمد سامي عبد الصادق

حقوق مؤلفي المصنفات المشتركة، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة ٢٠٠٠.

محمد موسى خلف

التعاقد بوساطة الانترنت، دراسة مقارنة تحليلية، في القانون المدني والقوانين النموذجية

رسالة ماجستير، حقوق جامعة القدس، فلسطين، ٢٠٠٣.

د. ممدوح محمد مبروك

أحكـــام العلم بالبيع وتطبيقاته في ضوء تقدم وسائل التكنولوجيا المعاصرة ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ،١٩٩٨ .

د. ميرفت عبد العال

عقـــد المشورة في مجال نظم المعلومات، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، ١٩٩٧.

د. نصيره بو جمعة سعدى

عقـــود نقـــل التكنولوجـــيا في مجال التبادل الدولي، رسالة دكتوراه، حقوق الإسكندرية، ١٩٩٧.

٤- مراجع غير قانونية

الان سيمبسون

الانتـــرنت ، استعد ، انطلق ، ترجمة عربية ، الدار الجامعية للعلوم ، بيروت ١٩٩٩.

المهندس ايمن درويش

المرجع الكامل لخدمات الانترنت ، دار شعاع للنشر والعلوم ، سوريا ١٩٩٨

توم فورستر

مجـــتمع التقنـــية العالمية ، ترجمة الدكتور محمد كامل عبد العزيز ، مركز الكتب الأردني ، عمان ١٩٩٩ .

بيل بول

انطلـــق مع الانترنت، ترجمة مركز التعريب والترجمة ، الدار العربية للعلوم بيروت،٦ ١٩٩

بيل غيتس

المعلوماتـــية بعد الانترنت ، طريق المستقبل ، ترجمة عبد السلام رضوان ، المجلس الوطني للثقافة والآداب ، الكويت ١٩٩٨ .

حسين بركات ويحيى إبراهيم

الفيروس جرثومة الكمبيوتر، مؤسسة جمال الجاسم للالكترونيات، ١٩٩٩ .

د. طاهر الشيخ

مقدمة في الحاسب الآلي ،مركز الحاسب الآلي ، جامعة عين شمس ، القاهرة ١٩٩١.

د. عبد الرزاق قاسم

معـــيار المحاســـبة الدولـــي ،الأدوات المالية والاعتراف والقياس، منشورات جمعية المحاسبين القانونيين السورية ، دمشق ،٢٠٠٣ .

عقود ال IBM

تـــرجمة مركـــز التعـــريب والبرمجة ، الدار العربية للعلوم الطبعة الخامسة ٢٠٠٤ .

د. علاء الدين فهمي وآخرون

الموسوعة الشاملة لمصطلحات الحاسب الالكتروني، مطابع المكتب المصري الحديث، القاهرة ١٩٩١.

المرجع الشامل لنظام التشغيل Dos، موسوعة دلتا كمبيوتر ٢، مطابع المكتب المصري الحديث ، القاهرة ١٩٩٢ .

الحاسبات الالكترونية حاضرها ومستقبلها، موسوعة دلتا كمبيوتر ١،مطابع المكتب المصري الحديث ١٩٩٢ .

الحاسب الالكتروني وقواعد البيانات، موسوعة دلتا كمبيوتر ٥ مطابع المكتب المصري الحديث ، الطبعة الثالثة ١٩٩٥ .

الحاسب والذكاء الاصطناعي، موسوعة دلتا كمبيوتر ١٠، الطبعة الثانية ١٩٩٨.

فان ولفرتون

تشغيل أنظمة الكمبيوتر، ترجمة مركز التعريب والبرمجة،الدار العربية للعلوم ،بيروت ١٩٩٥.

كاتا بلت

خطوة خطوة لمايكروسوفت، ترجمة مركز التعريب والبرمجة، الدار العربية للعلوم ، بيروت ٢٠٠٦ .

مايكر مولينج

حلول التجارة الالكترونية ، مركز التعريب والبرمجة ، الدار العربية للعلوم ، ٢٠٠٠.

د. محمد احمد فكيرين

أساسيات الحاسب الآلي ، دار الراتب الجامعية ، بيروت ، ١٩٩٨ .

د. محمد فؤاد غنام وآخرون

أساسيات الحاسب الآلي ونظام التشغيل ، مطبعة كلية العلوم جامعة طنطا ، ٢٠٠٤ .

د. محمد بشير

القاموس الاقتصادي ، المؤسسة العربية للدراسات والنشر ، بيروت ١٩٨٥ .

د. محمد الرميحي

انتبهوا أيها السادة لم يعد في المعمورة مكان يغمره الظلام ، مجلة العربي ،عدد ٤٦٠.منشورات وزارة الإعلام ،دولة الكويت .

د. محمد زكي عبد المجيد وآخرون

فيروســـات الحاسب وامن البيانات ، موسوعة دلتا كمبيوتر ٨ ،مطابع المكتب المصري الحديث ١٩٩٢ .

د. محمد فهمي طلبة وآخرون

الحاسبات الالكترونية ،حاضرها ومستقبلها، مطابع المكتب المصري الحديث ، ١٩٩٢ .

د. هاني كمال مجدي وآخرون

المــرجع الــشامل لنظام التشغيل (دوس) ، مطابع المكتب المصري الحديث القاهرة ١٩٩٢ .

٥-الأبحاث والتقارير والمقالات:

د. احمد شرف الدين

الجــوانب القانونــية للتجارة الالكترونية واليات تسوية منازعاتها، بحث مقدم لمؤتمــر الأعمــال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، والذي عقد بدبي في الفترة الواقعة بين ١٠و١٢ / ٥/٢٠٠٣.

د. احمد عبد الرحيم الملحم

نمــاذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها ،مجلة الحقوق ،جامعة الكويت ،س١٦،ع١-٤ ، مارس ١٩٩٢ .

د. احمد الفزيع

عقــد الحــصول علــى أنظمة الحاسبات الالكترونية، بحث منشور في مجلة الحقوق ، الصادرة عن كلية الحقوق في جامعة الكويت ،العدد رقم ٢. ١٩٩٥

د. أمية علوان

دروس فــي ضــمان العــيوب الخفــية فــي عقد البيع في القانون المصرْي والفرنسي.القاهرة ١٩٨٩.

د. حسام الدين الاهواني

المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد ، بحث مقدم إلى ندوة الأنظمـــة الـــتعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية ، معهد قانون الأعمال الدولي ، القاهرة ١٩٩٣ .

د. حسن عبد الباسط جميعي

حمايـــة بـــرامج الحاسب الآلي ، بحث مقدم إلى (الويبو) بالتعاون مع اتحاد المحامين العرب ،منشورات الاتحاد، القاهرة ٢٠٠٢ .

د. خميس خضر

شـــروط تحقق التزام البائع ضمان تعرضه الشخصي وتعرض الغير ، مجلة القانون والاقتصاد جامعة القاهرة السنة ٤٥ ، ١٩٧٥ .

د. سعد محمد سعد

حمايـــة بـــرامج الحاسب الآلي بتشريعات حقوق المؤلف، بحث مقدم للمؤتمر العلمـــي الأول حـــول الملكـــية الفكرية، المنعقد في جامعة اليرموك في العام ٢٠٠٠، منشورات جامعة اليرموك،الأردن ، ٢٠٠٠ .

د. عبد الرشيد مأمون

أبحاث في حق المؤلف، من غير ناشر، القاهرة ١٩٨٧.

د. عبد الناصر العطار

اســـتقراء لماهـــية العيب وشروط ضمانه في القانون المصري، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، يوليو ١٩٧١.

د. محمد حسام لطفي

الترخيص في مجال برامج الحاسب الآلي، ورقة مقدمة إلى ندوة الويبو حول الملكية الفكرية –الجامعة الأردنية، عمان ٢٠٠٠.

د. محمد شكري سرور

مـــسئولية مهندســـي ومقاولي البناء والمنشات الثابتة الأخرى، بحث نال عنه جائزة الدولة التشجيعية عام ١٩٧٨. القاهرة ١٩٧٩.

د. نزيه الصادق المهدي

الحمايـــة المدنية لبرامج الكمبيوتر في القوانين الوضعية، بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت ، الإمارات العربية المتحد ،٢٠٠٠.

د. نوري خاطر

حمايـــة المـــصنفات والمعلومات ذات العلاقة بالحاسوب، دراسة مقارنة في القوانين العربية والقانون الفرنسي، مجلة المنارة، المجلد الخامس ٢٠٠٢.

٦- المجموعات و الدوريات

-مجموعة القوانين الاقتصادية، البدراوي للنشر والتوزيع، القاهرة ٢٠٠٧.

-مجمـــوعة المـــبادىء القانونية التي قررتها محكمة النقض، المستشار أنور طلبة. منشاة المعارف الإسكندرية ١٩٩٦.

-المـــستحدث فـــي المـــواد المدنية والتجارية، أنور طلبة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية ٢٠٠٣.

-قـــضاء النقض في المواد المدنية والتجارية، عبد المنعم دسوقي، دار الكتاب الحديث، الطبعة الرابعة، القاهرة ١٩٩٤.

-مجموعة أحكام النقض، المكتب الفني.

-مجلـــة العلـــوم القانونية والاقتصادية، تصدر عن كلية الحقوق، جامعة عين شمس.

-مجلة القانون والاقتصاد، تصدر عن كلية الحقوق، جامعة القاهرة.

-مجلة المحاماة، تصدر عن نقابة المحامين المصرية.

-مجلة نقابة المحامين الأردنيين.

- **Amelia H.Boss & Jeffrey B. Ritter**

A legislative Response to the Issues of Software Contracting , Osborne

McGraw –Hill, New York, 2end edition ,1996.

Bainbridge David

Introduction to computer Law .3erd .ed, Pitman publishing, London 1998.

- **Benjamin Wright**

The law of electronic commerce-contract issues, Little Brown and company, Boston 2002.

The Law of electronic commerce , EDI, email & internet ,technology proof & liability ,2end edition , Little Brown & company – New York 2003 .

- **Bernard D .Reams**

The Law of electronic contracts , LEXIS, Publishing , 2end edition 2002 .

- **Bob Northen & Cathy Simith**

Understanding business on the internet in a week, Hodder and Stoughton, 1997.

- **Clarn H. Ridly & Peter Quittmeyer & John Matuszeski**

Computer software- Agreement forum and commentary, Warren Graham, Lamont 1998.

- **Clion Tapper**

Computer law, Longman, London & New York, Forth edition 1999.

- **David Ferbrache**

Pathology of computer viuses, Springer Vewlay Ltd., London 1993.

- **D. Hector Mcqueen**

Software transactions and contract law, Hart publishing, Oxford 1999.

- **Henry Carr & Richard Arnold**

Computer software legal protection in the United Kingdom, Sweet and Maxwell, London 1998.

- **Ian Lioyd**

Information technology law, Butte and Worths, London 1994. .

- **James V. Vergari**

Computer payment- Operations law, Loveland, New York 2001.

- **Mark Lemey & Peter Menell,**

Software & Internet Law, 3erd edition, Aspen Publishing. Elinoy,
New York. 2006.

- **Lance Rose**

Net law- your right in the online world, Osbourne Mcgraw Hill, Berkley 1999.

- **Peter J. Denning**

Computer under attack, ACM, USA 1999.

Phillip G .Armour

The Laws of Software Process ,A New Modle for the Production and Management of Software , Auerbach Publication . London. 2003 .

- **Roger Brownsword**

Contract law- themes for twenty first century, Butterworths, London 2000.

- **Rennie T. Michele**

Computer contracts, Sweet and Maxwell, London 2001.

- **Stephen Fishman ,**

Legal Guide to Web & Software Development, NOLO, California, 5th edition,2007.

- **Stern H. Gifs**

Law Dictionary .third edition .Barons educational .Series .Inc.1996.

- **Steven W.Lundberg & Stephen C.Durant**

Electronic and Software Patents –Law and Practice, Second Edition, BNA Books, 2005

- **Thomas P. Vartanian**

Technology and the payment system, Shriver and Jacobson Press, 1996.

- **Wetherb James & Kickson Gary**

management of information system–McGraw-Hill, New York 1984 .

Reports and Research -

- **AllenT.& Widdison. R**

Can computer make contracts . Harvard Journal of Law & Technology,Vol,9,No,1 ,1996

- **Christophe Collard & Christophe Roquilly**

Closed Distribution Network & E-commerce : Antitrust Issues , International Review of Law Computer & Technology ,Vol,16 No,1.Carfax Publishing, 2002 .

Computer Law Association Bulletin. Vol . 14 no (3) 1999

- **Eben Moglen**

Software as Property the theoretical paradox ,

mailto maglen @Colombia.edu

- Information technology Law group / Europe(European computer law) NY .Transitional Publisher .London,1998. http://www.jump.co.za/product/european-computer-law-information-technology-law-group-europe-3035454.htm
- **Raysman Richard &Brown Better**

Computer Law .Drafting & Negotiating , Form & Agreement ,Law journal , seminar , vol 2 , 1999 .

- **Spill Necholas**

How to Beat those Lousy computer viruses , Technology and Legislation ,New jersey Law journal 4 oct 1998 .

- **Susan H. Poole**

The millennium bug , http/ wing buffalo comp .law

ثالثا / مواقع الانترنت

www.Arabiter.wipo.int

www.Colmbia.edu

www.CLA.org

(The computer law association bulletin)

www.curia.eurpa.eu/eu.htm

www.commercewipo.int

www.Law.technology.org

www.scl.org

(society for computer and low, London).

www.sweetandmaxwill.co.uk

www.microsoft.com

www.wipo.com

In the name of God, the most gracious, the most merciful

Abstract

The Legal framework for electronic Programs development- A study of the effects of Civil Law and Model Laws.
In today's world, many customers seek programs which would enable them to carry out their work, and/or activities related to it through the use of software programs. These programs are usually provided by software companies, and in many cases they are custom made. This led to the rise of many problems concerning the contracts and their obligations for both parties involved.

The importance of this study stems from the extensive use of Model contracts on the market, and the unfairness of these contracts to the parties involved, in such a way, that one party is a professional and the other (in this case the customer) does not have the necessary knowledge. In addition, such contracts are usually conducted in languages other than Arabic, and contain many technical expressions which are hard for a normal person to apprehend, leading to the signing of contracts, which result in obligations this person might not expect in case of a future dispute.
I being a Palestinian, and we Palestinians, being in the process of institution-building, find it really important to investigate these modern contracts and their obligations on all parties involved, especially the users of electronic programs, and to find a way in order to stop the big programming companies from imposing shrink-wrap terms, by researching the Civil laws of both Egypt and Jordan and the Palestinian Civil law project, in order to know the rights of the customer or user in these contracts, and how this person could legally counter these terms.

In this thesis, I investigated the contract of designing software programs, the contract by which a customer/user asks a software developer, to design a program which satisfies a certain need for this customer in particular. Needless to say that this program is not one which is available for all consumers on shelves of retail stores. In addition to each party's commitments, stress was put on certain features of intellectual property in this design, and how the weak side (in this case mainly the consumer) could revert to the general basics of the Civil law and model laws and consumer protection laws, in order to restore some balance to an unbalanced contract from the very beginning.

I also studied the conventional and unconventional ways of terminating such a contract, and it became obvious to me that due to the abundance of its use, it would be inevitable to organize effects through a special legislation, controlling these contracts, which comprise of software and intellectual properties. It would be better than leaving such contracts under the guidelines of the conventional theory of obligation.

Mohammad M. Khalaf

الفهرس

الفهـرس

مقدمة:	١
الفـصل التمهـيدي: التعريف ببرامج الحاسب من الناحية التقنية والقانونية وأهم صور التصرفات التي ترد عليها	١٢
المبحث الأول: برامج الحاسب من الناحية التقنية والقانونية	١٤
المطلب الأول : برامج الحاسب من الناحية التقنية	١٤
المطلب الثاني : برامج الحاسب من الناحية القانونية	١٩
المبحث الثاني : بعض أهم صور التصرفات التي ترد على البرامج	٢٤
الباب الأول : انعقاد العقد	٣٢
تمهيد وتقسيم	٣٢
الفصل الأول : التراضي في عقود إعداد البرامج	٣٧
المبحث الأول: توافق الارادتين	٣٩
المطلب الأول: الإيجاب في عقود الإعداد	٤٠
الفرع الأول : شروط الإيجاب و التحفظات عليه	٤٣
الفرع الثاني : موانع قانونية	٥٠
المطلب الثاني : القبول	٥٥
الفرع الأول : القبول الضمني	٥٧

الفرع الثاني : مدى اعتبار السكون قبولا في هذه العقود	٦٠
المبحث الثاني : صحة التراضي	٦٦
المطلب الأول: عيوب الإرادة في عقود الإعداد	٦٩
الفرع الأول: الغلط (المعيب والمانع)	٧٠
الفرع الثاني: التدليس(التغرير مع الغبن الفاحش)	٧٩
الفرع الثالث: الإكراه	٩١
المطلب الثاني: اثر عيوب الإرادة على عقود الإعداد	٩٦
الفرع الأول: تصحيح التصرف المعيب	٩٩
الفرع الثاني : نقض العقد	١٠١
الفصل الثاني: المحل في عقود إعداد البرامج	١٠٨
المبحث الأول: البرنامج كمحل للعقد	١٠٩
المطلب الأول : وجود البرنامج	١١٥
المطلب الثاني: وجوب تعيين البرنامج	١٢٥
المبحث الثاني: المقابل (الثمن في عقود الإعداد)	١٣٣
المطلب الأول: شروط الثمن	١٣٧
المطلب الثاني: أسس تعيين المقابل في عقود الإعداد	١٤١
الفرع الأول: اعتماد سعر الدليل	١٤٤

الفرع الثاني: تحديد المقابل على أساس سعر الوحدة	١٤٦
الفرع الثالث: تحديد المقابل على أساس سعر السوق	١٤٨
الفرع الرابع : تحديد المقابل بناء على معيار القيمة	١٥٠
الفصل الثالث : دراسة لبعض العقود النموذجية (تفسير عقد الإعداد)	١٥٥
المبحث الأول : وثائق العقد	١٥٨
المطلب الأول: شكل العقد	١٥٩
الفرع الأول: شيوع بعض عقود الإذعان في هذا المجال	١٧٠
الفرع الثاني: الشروط المتعارف عليها	١٧٨
المطلب الثاني: التعسف في عقود الإعداد	١٨٧
الفرع الأول: كيفية التعسف	١٨٨
الفرع الثاني: حماية المستهلك	١٩٥
المبحث الثاني : سريان عقود الإعداد	٢٠٩
المطلب الأول: المدة في عقود الإعداد	٢١٠
الفرع الأول: العقود مستمرة التنفيذ	٢١٢
الفرع الثاني:المدة في العقود فورية التنفيذ	٢٢٠
المطلب الثاني: سريان العقد من حيث المكان	٢٢٣

الفرع الأول: موقف القوانين النموذجية	٢٢٦
الفرع الثاني: اتفاق الطرفين	٢٣٢
الباب الثاني : آثار عقود إعداد البرامج الإلكترونية وانتهاءها	
تمهيد وتقسيم:	٢٣٧
الفصل الأول: نقل الملكية	٢٣٩
المبحث الأول: الالتزام بنقل ملكية الأموال المادية	٢٤٢
المطلب الأول: الأموال المعينة بالذات	٢٤٥
المطلب الثاني: الأموال المعينة بالنوع	٢٥٠
المبحث الثاني: حقوق الملكية الفكرية وانتقال الملكية	٢٥٤
المطلب الأول: التنازل عن البرنامج وفقا لقوانين حق المؤلف	٢٥٧
المطلب الثاني: التنازل عن حقوق الاختراع	٢٧٠
الفصل الثاني : التزامات الأطراف	٢٨١
المبحث الأول: التزامات المتعهد	٢٨٢
المطلب الأول: الالتزام بتقديم المعلومات	٢٨٤
الفرع الأول: الإرشاد والنصيحة	٢٨٧
الفرع الثاني: مطابقة البرنامج لحيثيات الطلب	٢٩٩
المطلب الثاني: التزام الضمان	٣٠٦

الفرع الأول: العيوب الخفية في عقود إعداد البرامج	٣٠٦
الفرع الثاني: عدم التعرض في عقود الإعداد	٣٢٤
المبحث الثاني:التزامات المستفيد أو المستخدم	٣٣٤
المطلب الأول: التعاون والإفصاح بمنتهى حسن النية	٣٣٧
الفرع الأول: مراحل التزام المستخدم بالتعاون	٣٣٩
الفـــرع الثاني: جزاء الإخلال بالتزام المستخدم او المستفيد بالتعاون	٣٤٩
المطلب الثاني: الالتزام بالتسلم	٣٥٣
الفرع الأول: التزام المستخدم بتسلم وقبول البرنامج	٣٥٤
الفرع الثاني: جزاء إخلال المستخدم بالالتزام بالتسلم	٣٦٣
المطلب الثالث : الالتزام بدفع المقابل	٣٦٦
المبحث الثالث : المسؤولية عن الإخلال بالالتزام	٣٧٣
المطلب الأول : الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي)	٣٧٥
المطلب الثاني: شرط الإعفاء من المسئولية	٣٨٠
المطلب الثالث: التعويض عن الضرر	٣٩٣
الفصل الثالث : انتهاء عقود الإعداد	٤٠٢
المبحث الأول : الأسباب العادية للانتهاء	٤٠٤

المطلب الأول: التنفيذ	٤٠٥
المطلب الثاني : وسائل إجبار المدين على التنفيذ	٤٠٨
أولا: الدفع بعدم التنفيذ	٤١٢
ثانيا: التنفيذ الجبري	٤١٦
ثالثا: الغرامة التهديدية	٤١٨
المبحث الثاني :الوسائل غير العادية للانتهاء	٤٢١
المطلب الأول: انتهاء العقد بالفسخ	٤٢٢
المطلب الثاني: انتهاء العقد بالانحلال	٤٢٩
الخاتمة :	٤٣٣
قائمة المراجع	٤٥٢
ملخص الرسالة باللغة الانجليزية	٤٧٤
الفهرس	٤٧٦